This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

EY
LVL
XIg
V. 1

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Erster Teil.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering,
Geh. Justizrate u. ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen.

Erster Teil.

Sechste Auflage.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel
1907.

143173

STANFORD LIBRARY

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.

Dem Andenken

des großen Meisters

Georg Friedrich Puchta.

Vorwort

zur fünften Auflage.

Die gegenwärtige Auflage des ersten Bandes enthält einen wörtlichen Abdruck der vierten, und ebenso soll es mit den folgenden gehalten werden. Ich habe das bescheidene Maß von Kraft, das mir noch geblieben ist, für neue Aufgaben nötig und habe davon für frühere Arbeiten nichts abgeben mögen; was Gutes an ihnen ist, wird sich behaupten, was der Berichtigung bedarf, mag durch andere berichtigt werden. Aus der Vorrede zur zweiten Auflage dieses Bandes lasse ich folgenden Passus abdrucken, der den Gesichtspunkt angibt, der mich bei demselben geleitet hat:

„Man würde den ganzen Zweck meines Werkes verkennen, wenn man es als ein wesentlich rechtshistorisches auffassen wollte. Mein Augenmerk ist nicht das römische, sondern das Recht, erforscht und veranschaulicht am römischen, m. a. W. meine Aufgabe ist mehr rechtsphilosophischer und dogmatischer Art als rechtshistorischer, den letztern Ausdruck in dem Sinn genommen, in dem unsere heutige Wissenschaft die Aufgabe der Rechtsgeschichte erfaßt und zu lösen sucht. Um dies schon auf dem Titel zu betonen, hatte ich demselben in der ersten Auflage den Zusatz gegeben: „Ein Beitrag zur Naturlehre des Rechts", strich denselben jedoch wieder bei der Revision des Korrekturbogens, teils um den Titel nicht zu schleppend, teils um ihn nicht noch anspruchsvoller und herausfordernder zu machen, als er es an sich schon ist. Denn daß schon der Name „Geist" auf dem Titel eine

Herausforderung — den ersten groben Fehler des Buches! — enthielt, wie hätte ich mir dies verhehlen können? Diesen Titel kann ich jetzt nicht mehr zurücknehmen, und ich will ihn durch Aufnahme jenes damals weggelassenen Zusatzes auch jetzt nicht mehr ändern, aber im Interesse der richtigen Beurteilung des Buchs halte ich es nicht für überflüssig, die obige Tatsache zu erwähnen."

In der gegenwärtigen Auflage ist wie in allen früheren die Numerierung der Anmerkungen der erstern beibehalten worden, während die neu hinzugekommenen durch Zusätze von Buchstaben zu der vorhergehenden Nummer bezeichnet worden sind. Ich habe dies getan, um den Besitzern früherer Auflagen das Auffinden der Notenzitate der späteren zu ermöglichen. Die Teile des Werks (I, II, 1, 2, III, 1) sind bei meinen eignen Zitaten der Kürze wegen als Bände (I—IV) bezeichnet worden.

Von meinem Werke sind nach und nach verschiedene Übersetzungen erschienen, von denen einige aber nicht beendet sind, teils nach dem deutschen Original: eine italienische, französische, russische, teils nach der musterhaften, von dem belgischen Juristen O. de Meulenaere verfaßten französischen (Paris, Maresch 1877—78, dritte Aufl. 1886—88): eine portugiesische, spanische, japanische.

Göttingen, den 2. März 1891.

R. von Ihering.

Zur sechsten Auflage.

Der neuen Auflage von Iherings Hauptwerk, deren erster Band hiermit zur Ausgabe gelangt, möchten wir statt eines Vorworts die schönen Sätze als Geleitswort mit auf den Weg geben, in denen Adolf Merkel, Iherings Schüler und Freund, der nun auch längst dahingegangen ist, bald nach dem Tode seines Meisters den „Geist des römischen Rechts“ charakterisiert hat:

Savigny hatte das Programm einer Entwicklungsgeschichte des Rechts aufgestellt. Aber die geschichtlichen Arbeiten seiner Schule ließen (von Puchtas Institutionen abgesehen) ein näheres Verhältnis zu diesem Programm kaum erkennen. Sie waren, von Arbeiten mehr antiquarischen Charakters abgesehen, hauptsächlich darauf gerichtet, der Dogmatik zu dienen, nicht die psychische Seite des Rechts und ihre Entwicklung im Zusammenhange des Kulturlebens aufzuhellen. Ihering unternahm, was die Schule postuliert hatte. Aber was er brachte, zeigte ihn alsbald in mannigfachem Gegensatze zu ihr.

Die historische Ansicht vom Recht hatte sich bei dieser Schule im Zeitalter der Romantik, im Zusammenhange mit dem Kampfe gegen die Ideen der Revolutionszeit gestaltet. Bei Ihering tritt sie aus diesem Zusammenhange heraus, sie streift das romantische Gewand ab. Hierher gehört seine abweichende Stellung zum Universalismus im Rechte. Der Kampf gegen den Kosmopolitismus der Revolutionszeit hatte jene Schule zu ausschließlicher Betonung des nationalen Elements im Rechte geführt. Das Recht gilt ihr als integrierender Teil einer spezifisch nationalen Kultur in dem Sinne, wie es dies bei

den Griechen und im älteren Rom gewesen ist, bei den modernen Völkern dagegen so wenig ist, wie ihre Moral, Sitte und Religion ein lediglich nationales Gepräge haben. Ihering wollte in seinem Geiste u. a. zur Anschauung bringen, wie, in welchen Formen und wodurch das römische Recht, aus nationaler Wurzel sich entwickelnd, in der Periode der klassischen Jurisprudenz über die Sphäre des bloß Nationalen sich erhebt, um als ein Kulturelement von universellem Gepräge zusammen mit anderen Kulturelementen analogen Charakters der modernen Welt überliefert zu werden. Wäre dies anders, so würde ja bei der Wiedererstarkung unseres nationalen Lebens das Ziel nur sein können, dieses Recht ganz und gar und so rasch als möglich aus unserem Rechtsleben auszuscheiden, ein Ziel, das jener Schule so fern wie möglich lag. Was ferner den nationalen Ursprung betrifft, so begnügte sich die Schule mit der Zurückführung des Rechts auf den Volksgeist, die Volksüberzeugung. Ihering dagegen sucht die diesen Volksgeist konstituierenden geistigen Kräfte zu erkennen und ihren Anteil an der Bildung des Rechts im einzelnen klarzulegen. Er bekämpft ferner die Anschauung der Schule von dem unbewußten Werden und Wachsen des Rechts aus dem mystischen Schoße des Volksgeistes heraus. Seine Meinung ist, und er hat darin recht, daß bei der Ausbildung der eigentümlichen Existenzformen des Rechts von Anfang an bewußte Willensbetätigung und reflektierende Verstandsarbeit beteiligt gewesen seien. Und seine Geschichte des älteren römischen Rechts soll den Beweis dafür erbringen. Im Zusammenhang damit gelangt er zu einer anderen Schätzung der gesetzgeberischen Arbeit. Der einseitigen Bevorzugung des Gewohnheitsrechts seitens der Schule setzt er mit Leist und andern die eminente Bedeutung des Gesetzes für den Prozeß der Verselbständigung des Rechts entgegen. Und jene Geschichte gibt ihm dabei greifbares Beweismaterial an die Hand.

Mit alledem gewinnt der Entwicklungsgedanke bei ihm eine andere Färbung. Dieser zentrale Gedanke der modernen

Wissenschaft hat bei Savigny und den Seinigen eine durchaus konservative Färbung. Sie betonen vor allem die Stetigkeit des geschichtlichen Lebens und die Abhängigkeit einerseits der Gegenwart von der Vergangenheit, andererseits der einzelnen von den objektiven Mächten. Bei Ihering dagegen nimmt dieser Gedanke, wie im Bereiche der heutigen Wissenschaft überhaupt, einen progressistischen Charakter an. Ist er doch, wie schon gesagt wurde, ein Repräsentant des geistigen Selbständigkeitsstrebens dem überlieferten Rechte gegenüber.

Wie nun die bezeichneten Grundanschauungen den Inhalt seines Hauptwerkes einerseits beeinflussen und andererseits in ihm Stütze und Begründung finden, das kann ich hier nicht näher darlegen. Ebenso muß ich darauf verzichten, eine Quintessenz des Werkes vorzutragen. Der Versuch dazu wäre ja sehr verlockend, aber der eigentümliche Charakter des Buchs, das in seinen vier Bänden die mannigfachsten Probleme in Angriff nimmt, und nicht bloß die Entwicklungsstufen des römischen Rechts, sondern auch die Entwicklungsstufen der Anschauungen des Verfassers spiegelt, schließt die Möglichkeit aus, dies in knappem Rahmen auszuführen. Ich beschränke mich darauf, einige der Eindrücke hervorzuheben, die es auf mich und wohl auf viele andere hervorgebracht hat.

Dahin gehört der Eindruck von der eminenten geistigen Energie, mit der sich Ihering in die altrömischen Verhältnisse versetzte, eine sinnlich klare Anschauung derselben für sich zu erzwingen, die intellektuelle und ethische Organisation des römischen Volkes in ihren Grundelementen zu erfassen und hinter den überlieferten Gesetzen und Dogmen das wirkliche Rechtsleben zum Vorschein zu bringen sucht. Man hat mit Recht der Phantasie Iherings einen großen Anteil an dieser rekonstruierenden Arbeit beigemessen (Landsberg), ohne sie ist dergleichen ja ausgeschlossen. Aber es ist die Phantasie des Intellekts (eine gesteigerte Funktion seiner intuitiven Vermögen), mit der wir es hier zu tun haben, und das Material, mit dem sie arbeitet, ist im Wege einer ausgedehnten Detail-

forschung gewonnen. Was immer im einzelnen hier anfechtbar oder durch spätere Forschungen als unhaltbar erwiesen sein mag, die Gesamtleistung bleibt ein Dokument von imponierender wissenschaftlicher Kraft. Der „Geist“ überhaupt wird m. E. in der Geschichte der Wissenschaften einen rühmlichen Platz neben dem Geiste der Gesetze Montesquieus behaupten.

Inhalt des ersten Teils.

Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

§ 1. Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt. Der Gedanke der Universalität und Nationalität — Bedeutung Roms für die weltgeschichtliche Verwirklichung des erstern Gedankens — Berechtigung desselben innerhalb des Rechts — Die gegenseitige Aushilfe der Völker — Charakter der modernen Rechtsentwicklung — Das römische Recht ein Kulturelement der modernen Welt. S. 1—16.

§ 2. Bedürfnis der Lösung unserer Aufgabe — Unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat. S. 1—625.

Methode der rechtshistorischen Darstellung.

I. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten sind.

§ 3. 1. Anatomische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Bestandteile desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute — Psychische Organisation des Rechts — Differenz zwischen dem objektiven Recht und der subjektiven Erkenntnis (latente Bestandteile des Rechts) — Aufgabe der Wissenschaft. S. 25—48.

§ 4. 2. Physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Funktion desselben im Leben — Formale Realisierbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Historikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit. S. 48—58.

II. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen.

§ 5. Ausscheidung der unwesentlichen Tatsachen — Der innere Zusammenhang der Tatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chro-

nologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien. S. 58—80.

§ 6. Plan der folgenden Darstellung — Die drei Systeme des Rechts. S. 80—85.

Erstes Buch.

Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

§ 7. Urzustände — Erinnerungsvermögen des römischen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückschlüsse vom spätern Recht. S. 89—94.

§ 8. Die römische Kosmogonie des Rechts — Das Charakteristische derselben für die römische Vorstellungsweise. S. 94—102.

Erster Abschnitt.

Die Ausgangspunkte oder die Urelemente des römischen Rechts.

§ 9. Das Minimum geschichtlicher Anfänge. S. 102—106.

I. Das Prinzip des subjektiven Willens der Urquell des römischen Rechts.

A. Begründung der Rechte durch persönliche Tatkraft.

§ 10. 1. Der tatkräftige subjektive Wille in seiner Richtung auf Begründung des Rechts (Recht der Beute) — Vorliebe der römischen Rechtsansicht für originäre Erwerbsarten. S. 107—118.

B. Das System der Selbsthilfe.

§ 11. 1. Allgemeine Betrachtung — Beginn des Rechts mit der Selbsthilfe — Die Gewalt im Dienste des Rechts — Relevanz des Unterschieds zwischen zweifellosen und zweifelhaften Ansprüchen — Ununterschiedenheit der verschiedenen Arten des Unrechts. S. 118—129.

§ 11a. 2. Die Rache und die Entstehung der Privatstrafe. S. 129—140.

§ 11b. 3. Das Zeugengeschäft — Bedeutung der Zeugen für den Erfolg der Selbsthilfe — Hypothese über die ursprüngliche Bestimmung der Zeugen (testis = Beistand) — Das testamentum in comitiis calatis. S. 140—150.

§ 11c. 4. Die Formen und der Umfang der legalen Selbsthilfe. Die solennen Formen der Selbsthilfe: die manus injectio und pignoris capio — Prozessualische Bestreitung ihrer Rechtmäßigkeit (Impugnations- und Justifikationsverfahren) — Die formlose Selbsthilfe. S. 150—167.

C. Friedliche Ausgleichung des Rechtsstreits.

§ 12. Vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten — Eid und Schiedsrichter — Unterwerfung unter den Richterspruch (litis contestatio). S. 167—176.

II. Familie und Wehrverfassung, die Ausgangspunkte der staatlichen Ordnung.

§ 13. Vorbemerkung S. 176—182.

§ 14. 1. Das Familienprinzip.
Die Gentilverbindung — Die Gens eine Familie im großen und ein Staat im kleinen — Einfluß auf das gesamte Recht. S. 183—207.

§ 15. Der Staat vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus — Die publizistische Sozietät der Individuen — Basierung der Strafgewalt auf Rache, der gesetzgebenden Gewalt und des Rechtsschutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und nicht anerkannten Rechte. S. 207—225.

§ 16. Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderung — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — Die Klientel, precarium und peculium. S. 225—245.

2. Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht.

§ 17. Vorteilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfassung — Die Staatsverfassung eine Wehrverfassung — Die militärische Einteilung des Volks — Prinzip der Subordination — Das imperium — Militärischer Charakter des Königtums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfassung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit. S. 245—265.

III. Das religiöse Prinzip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

§ 18. Gegensatz des religiösen und weltlichen Rechts (fas und jus) — Hervortreten des religiösen Elements in den verschiedenen Teilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — Die Strafe als religiöses Sühnemittel — Das homo sacer — Das Privatrecht. S. 265—291.

§ 18a. Das Pontifikalkollegium — Kompetenz bei Fragen des Fas — Ausdehnung seiner Tätigkeit — freiwillige Gerichtsbarkeit — staatliche Gerichtsbarkeit — Die legis actio sacramento = die Prozeßform des geistlichen Gerichts. S. 291—307.

§ 19. Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte. S. 307—312.

Zweiter Abschnitt.

Verhalten d[illegible]s zu den gegebenen Ausgangspunkten.

§ 20. 1. D[illegible]es und die Prädestination desselben zu[illegible].—340.

§ 21. [illegible]eistes zu den gegebenen Ausgangspunkten. S. 340—361.

Einleitung.

Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt.

Der Gedanke der Universalität und der Nationalität — Bedeutung Roms für die weltgeschichtliche Verwirklichung des erstern Gedankens — Berechtigung desselben innerhalb des Rechts — Die gegenseitige Aushilfe der Völker — Charakter der modernen Rechtsentwicklung — Das römische Recht ein Kulturelement der modernen Welt.

I. Dreimal hat Rom der Welt Gesetze diktiert, dreimal die Völker zur Einheit verbunden, das erstemal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staats, das zweitemal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das drittemal infolge der Rezeption des römischen Rechts, im Mittelalter zur Einheit des Rechts; das erstemal mit äußerm Zwange durch die Macht der Waffen, die beiden andern Male durch die Macht des Geistes. Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in ein Wort zusammengefaßt ist die Überwindung des Nationalitätsprinzips durch den Gedanken der Universalität. Schwer haben die Völker geseufzt unter dem Druck der äußern und der geistigen Bande, mit denen Rom sie umstrickt hielt, schwere Kämpfe hat es gekostet, bis es ihnen gelang, das Joch abzuschütteln. Aber der Gewinn, den die Geschichte und sie selber davon gezogen, wiegt das Ungemach, das sie erdulden mußten, auf. Die Frucht des ersten Kampfes,

den Rom siegreich bestand, war die Herstellung der Einheit der alten Welt. In Rom mußten die Fäden der alten Kultur zusammenlaufen, damit die Geschichte an diesen Knotenpunkt die der neuen christlichen Kultur anknüpfen konnte, die römische Weltherrschaft fand ihre Rechtfertigung im Christentum, dem sie die Straßen bahnte; ohne das zentralisierende heidnische Rom würde kein christliches Rom entstanden sein. Die Frucht der zweiten Weltherrschaft, welche Rom ausübte, war die religiöse und sittliche Erziehung der neuen Völker. Das römische Volk war längst dahin, es war nur derselbe Ort, von wo aus zum zweiten Male die Welt ihre Gesetze empfing, die Gesetze selber hatten mit dem alten Rom nichts gemein. Das drittemal aber, als die neuern Völker sich von Rom ihre Gesetze holten, war es das alte Rom, das sie ihnen lieferte. Es war ein Stück echt römischen Lebens und Wesens, das wiederum lebendig ward, wertvoller und origineller als alles andere, was das römische Volk in Kunst und Wissenschaft der Nachwelt hinterlassen hatte, die höchste Blüte, die reichste Frucht seines Geistes. Eine seltsame Erscheinung! Ein totes Recht zu neuem Leben erwachend; ein Recht in fremder Zunge, zugänglich nur den Gelehrten, im Leben überall auf Widerstand stoßend und sich dennoch den Zutritt und den Sieg ertrotzend. Was ihm zur Zeit seines Bestehens, seiner Blüte und Kraft nicht gelungen: die Rechte fremder Völker zu regenerieren, ein halbes Jahrtausend später gelang es ihm; es mußte erst absterben, um seine volle Kraft zu entfalten. Und in welchem Maße hat es dies getan! Anfänglich nichts als eine juristische Grammatik in den Händen der Wißbegierigen, schwingt es sich bald zum Rang eines Gesetzbuches auf, um schließlich, nachdem ihm die äußere Autorität bestritten und größtenteils entzogen, dafür die ungleich höhere eines Kanons unseres juristischen Denkens einzutauschen. Nicht darin besteht die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt, daß es vorübergehend als Rechtsquelle gegolten — diese Bedeutung ist eben eine vorübergehende gewesen —, sondern darin, daß es eine totale innere Umwandlung bewirkt, unser

ganzes juristisches Denken umgestaltet hat. Das römische Recht ist ebenso wie das Christentum ein Kulturelement der modernen Welt geworden.

So braucht denn diese dritte Phase der römischen Weltherrschaft den Vergleich mit den beiden vorhergehenden durchaus nicht zu scheuen. Das Schauspiel, das jene uns darbieten, mag dramatischer, anziehender sein für das Auge und die Phantasie, dem allgemeinen Verständnis näher liegen — der denkende Geist wird sich durch das in gewissem Sinn fast märchenhafte Stück Geschichte, das am römischen Recht abspielt, nicht minder gefesselt fühlen und es stets zu den wunderbarsten historischen Erscheinungen, zu den seltensten Triumphen der rein auf sich selbst gestellten geistigen Kraft zählen.

Wer sollte nicht glauben, daß wir Juristen längst alles getan hätten, um diese Tatsache zu ihrem vollen Verständnis zu bringen? Aber der Zug des Seltsamen, den sie an sich trägt, wiederholt sich auch in ihrem literarischen Schicksal. Ich meine damit nicht sowohl die Vernachlässigung ihrer äußern historischen Seite, die erst in unserm Jahrhundert einer regeren Bearbeitung Platz gemacht hat, und die zu dem sonstigen Maß von Kraft und Gelehrsamkeit, welches sich dem römischen Recht seit Jahrhunderten zugewandt hat, seltsam kontrastiert — trotz allem, was seit Savigny für die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter geschehen ist, soll doch die Geschichte der Rezeption desselben noch erst geschrieben werden. Sondern was ich meine, ist das wissenschaftliche Urteil über die Bedeutung jener Tatsache. So paradox es für den Unkundigen klingen mag: es herrscht noch bis auf den heutigen Tag eine Lehre über das Wesen und die Natur des positiven Rechts, die ein richtiges geschichtsphilosophisches Verständnis jener Tatsache schlechterdings unmöglich macht, ich meine die vorzugsweise von Savigny verkündete und in Kurs gesetzte Lehre von dem nationalen Charakter der Rechte, die er zum Grund- und Eckstein der von ihm zu stiftenden historischen Schule machte. „Die historische Schule, so formuliert Savigny

das Programm derselben,[1]) nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesamte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkür, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen." Man sieht: damit ist über die obige Tatsache der Stab gebrochen, denn was hat das römische Recht mit der „gesamten Vergangenheit der modernen Nationen, ihrem innersten Wesen und ihrer Geschichte" zu tun? Ein Eindringling ist es, dem jede Legitimation abgeht, und dessen Entfernung konsequenterweise niemand eifriger hätte begehren müssen als Savigny und die historische Schule. Aber gerade sie waren es, die ihn in Schutz nahmen, als vom Standpunkt der Nationalität aus seine endliche Verdrängung begehrt wurde. Eine seltsame Ironie des wissenschaftlichen Fatums! Ein Gedanke, der dem römischen Recht den Todesstoß versetzen muß, heraufbeschworen, um ihm das Leben zu retten, das Panier der Nationalität des Rechts entrollt zugunsten des römischen Rechts gegen die, welche aus diesem Gedanken eine Wahrheit zu machen wünschten! Das römische Recht sei im Lauf der Zeit das unsrige geworden — mit dieser Wendung glaubte man dasselbe unter den schützenden Mantel des Nationalitätsprinzips gebracht zu haben. Es möge sein — aber welches Wort der Rechtfertigung findet jene Lehre dafür, daß es das unsere *ward*? Als das römische Recht zuerst an unsere Pforte klopfte, war es doch noch nicht das unsere, die „gesamte Vergangenheit unserer Nation, ihr innerstes Wesen, ihre ganze Geschichte" stellte sich ihm entgegen. Auf die Frage: mit welchem Recht haben wir dennoch dem Fremdling Zutritt verstattet, bleibt jene Ansicht uns die Antwort schuldig, von ihrem Standpunkte aus kann das Urteil über die Rezeption des römischen Rechts nur dahin ausfallen: es war

1) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I. S. 6. Ausführlicher in seiner Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Aufl. S. 8 ff.

eine unerklärliche Verirrung der Geschichte, ein Abfall vom „historischen Prinzip", also von sich selber — ein Rätsel, für das der Wissenschaft die Lösung fehlt.

Ist es zuviel gesagt, wenn ich behaupte, die Richtung in unserer Wissenschaft, welche sich den Namen der historischen beilegte, und welche für die historische Erforschung des römischen Rechts allerdings Unschätzbares geleistet hat, diese Richtung hat nicht vermocht, die Tatsache, welche die Grundlage unseres ganzen Rechtszustandes ausmacht, ja, wie nachher erwiesen werden soll, den Charakter der ganzen modernen Epoche der Rechtsentwicklung bestimmt, wissenschaftlich zu begründen und zu rechtfertigen? Möge sie auch noch so viel äußere Gründe und Ursachen namhaft machen, die uns jene Tatsache pragmatisch erklären sollen; solange sie den Gedanken der Nationalität des Rechts als ausschließlich berechtigten und maßgebenden aufstellt, bleibt der Widerspruch, in dem ihre Lehre sich zur Rezeption des römischen Rechts befindet, ewig ein ungelöster — durch das Tor der Nationalität kommt das römische Recht nie in unsere Wissenschaft hinein.

Eben damit ist jene Ansicht gerichtet, denn die Rezeption des römischen Rechts ist einmal eine Tatsache, der die Wissenschaft nicht ausweichen kann, mit der, was immerhin sie auch über das historische Wesen des Rechts lehren möge, in Übereinstimmung stehen muß.

Und ist es so schwer, den richtigen Gesichtspunkt zu finden? Öffnen wir nur unsere Augen, die Geschichte drängt uns ihn auf, wohin wir blicken! Das Leben der Völker ist kein isoliertes Nebeneinanderbestehen, sondern es ist wie das der Individuen im Staat eine Gemeinschaft, ein System der gegenseitigen Berührung und Einwirkung, friedlicher und feindlicher, ein Geben und Nehmen, Entlehnen und Mitteilen, kurz ein großartiges, alle Seiten des menschlichen Daseins umfassendes Austauschgeschäft. Dasselbe Gesetz, welches für die leibliche Welt gilt, besteht auch für die geistige: Leben ist Aufnahme von außen und innerliche

Aneignung; Rezeption und Assimilation sind die beiden Fundamentalfunktionen, auf deren Dasein und Gleichgewicht das Bestehen und die Gesundheit jedes lebenden Organismus beruht. Die Aufnahme von außen verwehren und den Organismus zur Entwicklung „von innen heraus" verurteilen heißt ihn töten — die Entwicklung von innen heraus beginnt erst bei der Leiche!

Das Individuum kann sich diesem Gesetz nicht entziehen, ohne dem leiblichen oder geistigen Tode zu verfallen; sein Leben ist unausgesetztes leibliches und geistiges Atmen. Aber bei den Völkern wäre eine Absperrung auf sich selber, die Abwehr jedes Einflusses von außen her nicht gerade undenkbar, und es fehlt in der Tat in der Völkerfamilie nicht an einem Volk, welches — ein echter Donquijote des Nationalitätsprinzips! — diese seltsame Idee durchzuführen versucht hat, es ist das chinesische. Und warum nicht, möchte man fragen, wenn es sich wohl dabei fühlt, wenn es auf die Vorteile des Verkehrs und der Berührung mit fremden Völkern verzichtet? Leidet es doch selber am meisten dabei. Der Einwurf wäre richtig, wenn jedes Volk bloß seiner selbst wegen existierte, aber jedes Volk existiert zugleich der übrigen wegen, alle anderen Völker der Erde haben ein Recht auf die Berührung mit ihm. Das Gesetz der Teilung der Arbeit gilt auch für das Leben der Völker. Nicht jeder Boden trägt alles, nicht jedes Volk kann alles. Aber diese Unvollkommenheit des einzelnen soll ausgeglichen werden durch gegenseitige Aushilfe und Mitteilung — die Vollkommenheit kommt erst im ganzen, in der Gemeinschaft zur Erscheinung. Der Austausch der materiellen und geistigen Erzeugnisse ist die Form, in der die Geschichte die Ungleichheit der geographischen, natürlichen und geistigen Ausstattung der Völker wiederum aufhebt, in der die Beschränktheit der Natur überwunden und die Idee der höhern Gerechtigkeit in der Weltgeschichte verwirklicht wird. Die Sonne Indiens scheint nicht für Indien allein; der Nordländer hat ein Recht auf den Überfluß, den die Natur mit verschwenderischer Hand dort ausgeschüttet hat. Aber

umgekehrt hat auch der Tropenbewohner ein Anrecht auf die Erzeugnisse der kalten Zone, eine Anweisung auf das Eisen, das dort gewonnen und verarbeitet wird, auf die Werke des Gewerbfleißes, der Kunst, der Wissenschaft, die Segnungen der Religion und der Kultur. Möge das Völkerrecht lehren, daß jedes Volk das, was es besitzt und erzeugt, für sich allein hat — der Satz ist ebenso wahr und unrichtig, als wenn man ihn für das Individuum ausspricht; es gibt kein absolutes, d. h. der Rücksicht auf die Gemeinschaft entbundenes Eigentum, und die Geschichte hat dafür gesorgt, den Völkern diese Wahrheit einzuschärfen. Wenn ein Volk sich unfähig erweist, den Boden, den die Natur ihm anvertraut hat, auszunutzen, so muß es einem andern weichen. Die Erde gehört der Hand, die sie zu bebauen versteht — das scheinbare Unrecht, das die angelsächsische Rasse in Amerika gegen die eingeborenen Indianer verübt, ist vom Standpunkt der Weltgeschichte aus ein Recht. Und nicht minder sind die europäischen Völker in ihrem Recht, wenn sie die Flüsse und Häfen des himmlischen Reiches und Japans mit Gewalt öffnen und diese Länder zum Handel zwingen. Der Handel oder allgemeiner der Austausch der materiellen und geistigen Güter ist nicht bloß eine Sache des Interesses und des freien Willens der Völker, sondern ist Recht und Pflicht, der Widerstand gegen die Erfüllung dieser Pflicht eine Auflehnung gegen die Ordnung der Natur, gegen das Gebot der Geschichte, und ein Volk, das sich absperrt, begeht nicht bloß eine Sünde gegen sich selbst, indem es sich der Mittel seiner Erziehung beraubt, sondern zugleich ein Unrecht gegen die andern Völker — kurz die Absperrung ist die Todsünde der Völker, denn das höchste Gesetz der Geschichte ist die Gemeinschaft. Ein Volk, das sie zu scheuen hat, weil es den Kontakt mit einer fremden Kultur, d. h. die Erziehung durch die Geschichte nicht verträgt, ein solches Volk hat eben damit sein Anrecht auf weitere Existenz verwirkt, sein Untergang kommt der Welt zugute.

Das ist die Gestalt des Völkerlebens, das die Bestimmung der Völker. Gedeihen eines Volkes ist wie das des Individuums

unausgesetztes Aufnehmen von außen. Seine Sprache, seine Kunst, seine Sitte, seine ganze Kultur, kurz seine Individualität oder Nationalität ist wie der leibliche und geistige Organismus des Individuums das Produkt von unzähligen Einwirkungen und Entlehnungen von der Außenwelt. Wer könnte in diesem großartigen Austauschgeschäft der Völker die Bilanz ihres Exports und Imports des näheren feststellen, wer die tausendfachen Anregungen und Einflüsse im einzelnen nachweisen, die dabei ein Volk auf das andere ausübt? Mit dem Schiffe, das Waren brachte, kehrten Götter zurück, der Kaufmann, der das Gold entführte, hinterließ mit den Fabrikaten ein Modell der Nachahmung und die Keime der Industrie. Sprache, Sitte, Religion, Worte, Ideen, Vorurteile, Glauben, Aberglauben, Gewerbfleiß, Kunst, Wissenschaft — sie alle gehorchen dem Gesetz der internationalen Mitteilung und Einwirkung. Und das Recht? Das allein soll diesem allgemeinen Kulturgesetz entrückt sein? Denn dahin geht ja jene Lehre, die wir hier bekämpfen, und die wir bekämpfen müssen, um für das römische Recht Platz zu gewinnen, jene Lehre der historischen Schule, daß das Recht sich rein aus „dem Innern der Nationalität" entwickele. Die Geschworenengerichte sollen wir nicht einführen, weil sie nicht auf unserm eigenen Boden gewachsen sind, die konstitutionelle Staatsform ist ein auswärtiges Gewächs und damit gerichtet usw. Als ob wir Anstand nähmen, fremden Wein einzuführen, weil wir ihn nicht gekeltert, die Chinarinde zu gebrauchen, weil sie nicht bei uns gewachsen. Wer uns abhalten will, fremde Gesetze und Einrichtungen zu adoptieren, möge uns auch verbieten, irgend ein anderes Stück fremder Kultur aufzunehmen, möge befehlen, daß der Einfluß, den das Studium des Altertums auf die moderne Kultur ausgeübt hat, wieder rückgängig gemacht werde. Die Frage von der Rezeption fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebensogut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die

Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.

Es bedarf auch in der Tat nur eines Blickes auf die Geschichte des Rechts, um sich zu überzeugen, daß das obige Kulturgesetz auch auf seinem Gebiete volle Anwendung gefunden hat. Zwar das Altertum und der Orient bieten uns kaum einen historischen Anhaltspunkt von einiger Erheblichkeit dafür, aber sowohl in Griechenland als in Rom bestand doch der Glaube an eine teils in das Dunkel der Heroenzeit sich verlierende, teils in die geschichtliche Zeit (Abfassung der XII Tafeln) gerückte Hinübernahme fremder Einrichtungen, und einzelne Spuren fremder Rechtseinrichtungen lassen sich selbst noch im spätern römischen Recht nachweisen (z. B. die lex Rhodia) oder, wenn sonst der ausländische Name einen Schluß verstattet, wenigstens mutmaßen (z. B. hypotheca, hyperocha, emphyteusis, antichresis). Der eigentliche Schauplatz jedoch für die Entfaltung jenes Gesetzes ist die moderne Welt. Hier geht sie in einer Weise vor sich, daß dadurch die gesamte moderne Rechtsbildung zur antiken und orientalischen in den schärfsten Gegensatz gestellt wird. Die beiden Pole, zwischen denen dieser Gegensatz sich bewegt, die beiden Gedanken, welche die Universalgeschichte des Rechts in zwei Epochen zerlegen, sind der Gedanke der Nationalität und Universalität. Im Orient, im Altertum erfolgt die Entwicklung des Rechts in der Tat im wesentlichen so, wie Savigny sie lehrt: von innen heraus, aus dem Schoß des Volkslebens, und selbst das jus gentium der Römer, das bereits an den modernen Gedanken der Universalität heranragt und ihn für den internationalen Handelsverkehr zu verwirklichen suchte, war gleichwohl auf römischem Grund und Boden gewachsen. Eine Gemeinsamkeit in der Bewegung der verschiedenen Volksrechte, einen gemeinsamen Mittelpunkt im Recht, eine gemeinsame Wissenschaft suchen wir sowohl im Orient als Altertum vergebens, jedes dieser Rechte existiert und entwickelt sich für sich, unabhängig von andern. Es gibt dort nur eine Geschichte der Rechte, keine

Geschichte des Rechts. In der modernen Welt dagegen nimmt die Geschichte des Rechts einen höhern Schwung, hier erhebt sie sich in Wahrheit zu einer Geschichte des Rechts. Die Fäden der einzelnen Rechte laufen hier nicht mehr nebeneinander, ohne sich zu berühren, sondern sie kreuzen sich, sie vereinigen sich zu einem Gewebe, für welches das römische und kanonische Recht den ursprünglichen gemeinsamen Einschlag bildet. Über der Unzahl der einzelnen Rechtsquellen ragen diese beiden Rechte als gewaltige Zentralpunkte hervor und vereinigen die Praxis und Wissenschaft der verschiedensten Nationen zur Gemeinsamkeit der Aktion. Was ein Jurist in Spanien gedacht hatte, ersparte dem Gelehrten in Deutschland die Mühe, der Holländer baute fort auf der Grundlage, die der Franzose gelegt hatte, die Praxis der italienischen Gerichte übte einen bestimmenden Einfluß auf die Rechtssprechung aller übrigen Länder aus. Welch' ein erhebendes Gefühl diese Gemeinschaft, überhaupt wie beneidenswert die damalige Lage der Jurisprudenz! Eine völlig neue, jugendliche Wissenschaft mit all dem Reiz und all der Anziehungskraft, die der Anbruch eines frischen wissenschaftlichen Morgens in sich schließt, von vornherein emporgehoben auf die Höhe europäischer Universalität. Wie dürftig mußten von diesem Standpunkte die Landesrechte erscheinen — positive Satzungen, kümmerliche Versuche, für den Umkreis eines Ländchens eine Aufgabe zu lösen, welche das römische Recht bereits für den ganzen Erdkreis in unübertrefflicher Weise verwirklicht hatte — Schlagbäume für die Wissenschaft. In der Tat: es ist begreiflich, daß dieser Gedanke der Universalität, wie er der damaligen Welt vor allem in Gestalt des römischen Rechts aufging, etwas Berauschendes für die Juristen hatte — daß er Fanatiker erzeugte; alle neuen großartigen Ideen üben dieselbe Wirkung aus, es sind die Sonnenaufgänge in der Geschichte — die Mittagssonne begeistert nicht, nur die Morgensonne.

Aber das römische und kanonische Recht bezeichnen keineswegs die Grenzen dieser Gemeinsamkeit. Neben und außer ihnen

treten in wechselnder Reihenfolge noch eine Menge von Instituten, Fragen und Problemen heran, welche die Völker ebenfalls zum gemeinsamen Denken und Tun zusammenführen: das Lehnswesen, das Wechsel-, Handels- und Seerecht: die Fragen des Strafrechts: die Abschaffung der Folter, der Todesstrafe, die Geschworenengerichte; die Aufhebung der Leibeigenschaft; die sozialen, politischen, kirchen- und völkerrechtlichen Fragen — wer könnte sie alle nennen? Wer könnte sich angesichts dieser Tatsachen der Überzeugung verschließen, daß die Geschichte des Rechts seit dem Mittelalter völlig neue Bahnen eingeschlagen hat, anderen und höheren Zielen nachstrebt als im Altertum? Und so kurz vom Standpunkt der Jahrtausende aus gemessen auch das Stück Geschichte ist, das sich von dieser neuen Epoche des Rechts bisher entrollt hat, tritt es nicht schon jetzt mit aller Deutlichkeit hervor, daß der Gedanke der Universalität es ist, der ihren Charakter bestimmt, und das Losungswort der gegenwärtigen Ära des Rechts enthält? Unter dem richtigen Gefühl dieses Zuges und Triebes der modernen Rechtsbewegung war es, daß das Naturrecht seine Lehre von der über Zeit und Ort erhabenen Allgemeinheit des Rechts proklamierte, und sowenig ich im übrigen den wissenschaftlichen Wert der auf diesem Gebiet zutage geförderten Leistungen hoch anschlagen will, die Richtung, welche das Naturrecht einschlug, war dem eigentümlichen Gang der modernen Geschichte ebenso entschieden zugekehrt als die der historischen Schule mit ihrer einseitigen Geltendmachung des Nationalitätsprinzips ihm abgewandt. Das Naturrecht war, weit entfernt außerhalb der Zeit zu stehen und die gegebenen Zustände zu ignorieren, in der Tat nur eine Idealisierung der vorhandenen Zustände; der Versuch, die Tatsächlichkeit der Gemeinsamkeit und Universalität des modernen Rechts wissenschaftlich wiederzugeben und zu begründen. Wenn sie dabei der Geschichte den Rücken drehte, anstatt sie, wie sie es gekonnt hätte, zu ihrer Unterstützung heranzuziehen, so war die Opposition, welche die „geschichtliche Richtung" dagegen erhob, vollkommen berechtigt.

Indem letztere aber die Begriffe geschichtlich und national vollständig identifizierte, den Gedanken der Nationalität zum alleinigen und ausschließlichen Prinzip der Rechtsbildung erhob, beging sie damit einen Irrtum, der, wie ich im bisherigen glaube nachgewiesen zu haben, durch die Geschichte selber, auf die sie sich berief, widerlegt wird. Solange die Wissenschaft sich nicht entschließt, dem Gedanken der Nationalität den der Universalität als gleichberechtigten zur Seite zu setzen, wird sie weder imstande sein die Welt, in der sie selber lebt, zu begreifen, noch auch die geschehene Rezeption des römischen Rechts wissenschaftlich zu rechtfertigen.[2])

Kehren wir nunmehr zu letzterer zurück, so werden wir in ihr nichts als eine jener kulturhistorischen Anleihen erblicken, wie sie im Völkerleben so oft sich wiederholen und dem Plan der Geschichte: der gegenseitigen Aushilfe, Förderung, Erziehung der Völker durchaus entsprechen. Das Ungewöhnliche liegt nur in der Massenhaftigkeit des fremden Stoffes, der hier mit einem Male aufgenommen ward, ein Umstand, der für unsern Rechtsorganismus dieselbe Stockung, Störung, Beklemmung zur Folge hatte, wie sie eine Überladung mit Nahrung für den physischen Organismus nach sich zieht. Wenn diese Anleihe bei einem längst vergangenen Volk erfolgte, wenn die Erbschaft, welche dasselbe der Welt hinterlassen hatte, erst Jahrhunderte später angetreten ward, so hat dies nichts Befremdendes. Auch die griechische Kultur übte ihren bildenden Einfluß auf die modernen Völker erst aus, nachdem der ursprüngliche Träger derselben längst dahin

---

2) Ob nicht gewisse Ansätze zu diesem Gedanken hie und da selbst bei den Vertretern des Nationalitätsprinzips sich nachweisen lassen, mag immerhin zu bejahen sein. So nimmt z. B. Savigny selber einen solchen Anlauf (System des heutigen R. R. B. 1. S. 80), allein er hätte seine ganze Grundansicht aufgeben müssen, um den Gedanken konsequent zu verfolgen, und er begnügt sich damit, die Abschwächung des Nationalitätsprinzips in der neueren Geschichte auf den „gemeinsamen christlichen Glauben zurückzuführen, der um alle neuen Völker ein unsichtbares Band geschlungen habe".

war. Das Erbrecht gilt wie unter Individuen so auch unter Völkern; selbst die hereditas jacens, der Zwischenraum, wo der Erbe, dem sie bestimmt ist, noch nicht angetreten hat, wiederholt sich. Ausgeschlagen werden nur diejenigen Erbschaften, welche keinen Wert haben, die übrigen finden ihren Herrn. So auch die Erbschaften der Völker und speziell die, welche das römische uns in seinem Recht hinterlassen hat. Hatte das Genie, die geistige Arbeit, die Summe tausendjähriger Erfahrung und Beobachtung, die in ihm steckte, weniger Anspruch darauf der Menschheit zugute zu kommen als die Meisterwerke griechischer Kunst und die Gedanken von Plato und Aristoteles? Hatte darum die Geschichte alle Bedingungen zum Gedeihen des Werkes in Rom vereint und das Höchste hervorgebracht, um es mit selbstmörderischer Hand zu vernichten? Alles wahrhaft Große geht in der Welt nicht unter, und ob es schon scheinbar unterginge, es senkt wie die Pflanze, wenn sie abstirbt, das Samenkorn in die Erde, aus der es seinerzeit, wenn die Sonne des Frühlings den Keim weckt, verjüngt wieder hervorgeht. Zu Lebzeiten des römischen Volkes war das werdende Geschlecht der Völker noch nicht reif, um aus seinen Händen das wertvolle Geschenk, das ihm bestimmt war, entgegenzunehmen, es bedurfte noch geraumer Zeit, bis sie zu derjenigen Höhe der Kultur und Reife herangewachsen waren, wo das Bedürfnis und das Verständnis sich einstellte. Das römische Recht wartete.

Die Form, in der sie sich desselben zunächst bemächtigten, war die der Annahme desselben als Gesetzbuch. Diese Periode der äußern Gültigkeit des römischen Rechts war die Zeit der Schule, unbequem und unbehaglich, allein vorübergehend berechtigt und notwendig. Aber die Schule soll einmal ein Ende nehmen. Als die Völker fühlten, daß sie der Schule entwachsen waren, schüttelten sie das Joch ab; neuere Gesetzbücher traten an die Stelle des Korpus Juris. Hatte damit das römische Recht seine Bedeutung für sie eingebüßt? Ebensowenig wie die Schule, wenn man sie verläßt nach erlangter Reife; was man darin gelernt hat, nimmt

man mit. Alle jene modernen Legislationen fußen auf dem römischen Recht, materiell wie formell, letzteres ist wie das Christentum und die griechische und römische Literatur und Kunst ein Kulturelement der modernen Welt geworden, dessen Einfluß sich keineswegs auf diejenigen Institute beschränkt, die wir aus dem römischen Recht hinübergenommen haben. Unser juristisches Denken, unsere Methode, unsere Anschauungsweise, kurz unsere ganze juristische Bildung ist römisch geworden, wenn sonst der Ausdruck römisch für etwas allgemein Wahres gebraucht werden darf, bei dem die Römer nur das Verdienst haben es zur höchsten Vollendung entwickelt zu haben. Ob wir dieses Besitzes bereits jetzt so sicher sind, daß wir das fernere Studium des römischen Rechts entbehren und dasselbe lediglich den Gelehrten überweisen können? Es gab eine Zeit, wo man dies glaubte und in den Ländern mit neuern Gesetzbüchern die wissenschaftliche Verbindung mit dem römischen Recht abbrach. Die Erfahrung hat die Voreiligkeit dieser Annahme dargetan: die Öde und Dürre, welche die erste Literaturepoche dieser neuern Rechte kennzeichnet, hat erst dann einem frischeren Leben Platz gemacht, seitdem man jene Verbindung wiederum aufgenommen hat. Daß nicht endlich einmal das Studium des römischen Rechts entbehrlich werden sollte, wird nur der bezweifeln können, welcher die modernen Völker auf dem Gebiet des Rechts zur ewigen wissenschaftlichen Unmündigkeit verurteilt hält. Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus — das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt.

Die äußere Verdrängung des römischen Rechts in dem bei weitem größten Teil seines bisherigen Geltungsgebietes begründet wie für das Leben so auch für die Wissenschaft einen entscheidenden Wendepunkt, einen ebenso wichtigen wie einst die äußere Einführung desselben. Die formelle Einheit der Wissenschaft, wie sie einst durch die Gemeinsamkeit eines und desselben Gesetzbuches für den größten Teil Europas gegeben war, jenes Zusammenarbeiten der Jurisprudenz der verschiedensten Länder an

demſelben Stoff und derſelben Aufgabe iſt mit der formellen Gemeinſchaft des Rechts für immer dahin; die Wiſſenſchaft iſt zur Landesjurisprudenz degradiert, die wiſſenſchaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politiſchen zuſammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wiſſenſchaft! Aber es hängt nur von ihr ſelber ab, jene Schranken zu überſpringen und den Charakter der Univerſalität, den ſie ſolange beſaß, in einer anderen Form als vergleichende Jurisprudenz ſich für alle Folgezeit zu ſichern. Ihre Methode wird eine andere, ihr Blick ein weiterer, ihr Urteil ein reiferes, ihre Behandlung des Stoffs eine freiere werden, und ſo wird der ſcheinbare Verluſt in der Tat zu ihrem wahren Heile ausſchlagen, ſie auf eine höhere Stufe der wiſſenſchaftlichen Tätigkeit erheben. Daß dieſe neue Periode der Wiſſenſchaft bereits zurzeit begonnen hat, davon kann ein Blick auf unſere heutige Literatur, namentlich die des Staats-, Straf-, Handels- und Wechſelrechts jeden überzeugen.

Auch für die Bearbeitung des römiſchen Rechts wird infolge dieſer ſeiner praktiſchen Verdrängung ein Umſchwung eintreten müſſen. Während die bisherige Form derſelben im weſentlichen durch den Geſichtspunkt der praktiſchen Gültigkeit dieſes Rechts beeinflußt war und beeinflußt ſein konnte, wird dieſe Art der Behandlung nicht mehr ausreichen, dem römiſchen Recht fernerhin das Intereſſe der Juriſtenwelt zu ſichern. Dies wird nur dadurch zu erzielen ſein, daß die Wiſſenſchaft ſich von der bloßen *Darſtellung* des Poſitiven zu einer *Kritik* desſelben erhebt.

In dieſer Richtung voranzugehen iſt der Zweck und die Aufgabe der vorliegenden Schrift. Was ſie beabſichtigt, iſt eine *Kritik des römiſchen Rechts*, aber nicht eine Kritik des *heutigen* römiſchen Rechts vom Standpunkte der legislativen Politik aus, ſondern eine geſchichtsphiloſophiſche Kritik, d. h. eine ſolche, welche dasſelbe auf ſeinem ganzen Wege von Anfang bis zu Ende begleitet, nicht um ſich bei der äußern hiſtoriſchen Tatſache zu begnügen, wie es die römiſche Rechtsgeſchichte zu tun pflegt, ſondern um das innere Getriebe des geſchichtlichen

Werdens, die verborgenen Triebfedern, die letzten Gründe, den geistigen Zusammenhang der gesamten Rechtsentwicklung zu ergründen. Nur auf diesem Wege wird es möglich werden, ein wirkliches Urteil über das römische Recht zu gewinnen, das Vergängliche und rein Römische in ihm von dem Unvergänglichen und Allgemeinen zu scheiden, nur auf diesem Wege endlich wird sich die Frage nach dem Wert des römischen Rechts, auf der doch schließlich seine Rezeption und die Bedeutung, die es für uns gewonnen hat und fernerhin hat, beruht, genügend beantworten lassen.

Bedürfnis der Lösung der Aufgabe — Unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat.

II. Bedarf denn die Aufgabe noch erst der Lösung? Sollte man nicht erwarten, daß sie bei der Fülle der geistigen Kraft, über die das römische Recht seit Jahrhunderten geboten hat, längst gelöst sei? Zu allen Zeiten wiederholten sich die Angriffe auf dieses Recht, zu allen Zeiten suchte man sie mit der Verweisung auf den hohen Wert desselben zurückzuschlagen; worin besteht denn derselbe? Welchen dankbareren Stoff zur Betätigung hätte die Verehrung, die man diesem Recht zollte, finden können, als die Lichtseiten desselben hervorzuheben, und wie hätte man die Gegner wirksamer zum Schweigen bringen können? Aber unsere Literatur straft diese Erwartung Lügen, denn statt einer eingehenden Kritik des römischen Rechts gewährt sie uns nur gelegentliche allgemeine Aussprüche über die Trefflichkeit desselben, den eminenten Scharfsinn und praktischen Takt der römischen Juristen usw. Weihrauch hat man dem römischen Recht genug gestreut, und es lagert sich, möchte ich sagen, um dasselbe eine glänzende Atmosphäre, durch die der Unkundige erst hindurchdringen muß, um sich ihm zu nähern; aber sobald er sie hinter sich hat, sobald der Gegenstand selber in seiner Nacktheit sich ihm zeigt, tritt eine bittere Enttäuschung ein, und man begreift nicht, worin die viel gepriesene Größe desselben bestehen soll. Bei längerer

Beschäftigung mit demselben offenbart sie sich freilich, aber mehr dem Gefühl als der Erkenntnis; es verhält sich damit, wie mit dem Zauber, den manche Persönlichkeiten ausüben: man fühlt ihn, ohne sich bewußt zu sein, worauf er eigentlich beruhe. So hat auch das römische Recht auf tausende und aber tausende seiner Jünger die höchste Anziehungskraft ausgeübt; in ihnen allen lebte das Gefühl seiner Größe und artete nicht selten in fanatische Blindheit aus, aber an die wissenschaftliche Begründung dieses Gefühls hat man kaum gedacht. Man begnügte sich, den Gegenstand auf das sorgfältigste zu erforschen und, wo es galt, ein Urteil abzugeben, ihm in den allgemeinsten Ausdrücken ein glänzendes Zeugnis auszustellen. Bedürfte es aber eines solchen, käme es darauf an, die Größe des römischen Rechts auch für den Unkundigen in ein helles Licht zu setzen und dem Zweifler den Mund zu schließen, so brauchte man nur die Tatsachen sprechen zu lassen; die Geschichte selbst hat dem römischen Recht das beste Zeugnis ausgestellt, in der Rolle, die es gespielt hat, liegt die Größe desselben in unverkennbaren Zügen ausgesprochen. Aber wenn man weiter dringt, wenn man fragt: worauf beruht letztere, wodurch unterscheidet sich das römische Recht so sehr zu seinem Vorteile von anderen Rechten, dann geben uns selbst die größten Kenner desselben nur ungenügende Antwort. Man preist den Scharfsinn und die Konsequenz der römischen Juristen, aber damit ist gar wenig gewonnen. Dieselbe Eigenschaft findet sich in nicht minderem Grade, ja vielleicht mit einer noch schärferen Spitze in der talmudischen Jurisprudenz[2a]) und in der juristischen und moralischen Kasuistik der Jesuiten,[2b]) und doch wie sehr treten beide hinter das römische Recht in den Schatten! Wenn man auch noch so viele Vorzüge der römischen Juristen namhaft machen will, so führen sie alle nur zu dem einen Satze, daß sie

2a) Man vergleiche z. B. den Schulchan Aruch (abgekürzte Übersetzung. Hamburg 1838).

2b) Namentlich in der Lehre vom Eide und von der Ehe.

große Meister gewesen seien. Wer aber von irgend einem Produkt nachweisen will, daß und warum es ein Meisterstück sei, wird gewiß nicht den Weg einschlagen, daß er zeigt, der Urheber habe alle Eigenschaften besessen, um ein solches Meisterstück zu liefern, sondern er wird sich an das Werk selbst halten und alle Vorzüge desselben in das rechte Licht setzen.

Einen Ansatz zur eingehenderen Beantwortung der Frage vom Wert des römischen Rechts haben meines Wissens nur zwei Männer gemacht: Savigny und Stahl[20]) — beide meines Erachtens in einseitiger und ungenügender Weise. Der gangbaren Ansicht, welche diesen Wert in seinem Inhalt gesucht hatte, tritt ersterer in entschiedenster Weise entgegen, indem er denselben ausschließlich in seine Form, in die an dem Stoff sich betätigende Methode der römischen Juristen setzt. Das materiell Wertvolle im römischen Recht, meint er, sei „so allgemeiner Natur, daß es meist schon durch gesunden Verstand ohne alle juristische Bildung gefunden werden könnte; um einen so leichten Gewinn habe es sich nicht gelohnt, Gesetze und Juristen von zweitausend Jahren her zu unserer Hilfe zu bemühen". Er versucht dann, die Methode der römischen Juristen zu charakterisieren, indem er das Wesen derselben in der Sicherheit findet, mit der dieselben die leitenden Grundsätze ihrer Wissenschaft beherrschen und zur Anwendung bringen, gewissermaßen „mit den Begriffen rechnen". Theorie und Praxis sei ihnen gar nicht verschieden, ihre Theorie sei bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis werde stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. Über den materiellen Wert des römischen Rechts könnten die Meinungen sehr verschieden sein, aber über die Meisterschaft in der juristischen Methode seien ohne Zweifel alle einig, welche hierin eine Stimme hätten.

---

20) Ersterer in seiner Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Aufl. 3. S. 27 fl., dieser in seiner Philosophie des Rechts. 2. Aufl. Bd. 2. Abt. 1. Anhang.

Dies der Kern der Savignyschen Ansicht. Es möge unerörtert bleiben, ob Savigny das Eigentümliche der juristischen Methode wirklich getroffen, nach meinem Dafürhalten hat er es nicht, denn alles, was er von ihr aussagt, gilt von jeder praktischen Wissenschaft. Auch der Mediziner soll dieselbe Sicherheit der leitenden Grundsätze seiner Wissenschaft besitzen, auch bei ihm soll Theorie und Praxis in der Weise eins sein, daß er „mit Leichtigkeit vom allgemeinen zum besondern und vom besondern zum allgemeinen übergehen kann". Doch davon möge hier abgesehen werden. Ungleich wichtiger ist ein anderer Punkt. Nach Savigny beruht der Wert des römischen Rechts für uns im wesentlichen darauf, daß die eigentümliche Form, in der Justinians Kompilatoren die juristische Literatur für ihre Zwecke verwandt haben, uns die Gelegenheit verschafft hat, die römischen Juristen in ihrer Tätigkeit zu belauschen, gewissermaßen einen praktischen Operationskursus bei ihnen zu nehmen. Diese Form hinweggedacht, angenommen also die Kompilatoren hätten den Stoff in die Gestalt eines modernen Gesetzbuches gebracht—und das römische Recht wäre in Savignys Augen seines Wertes für uns beraubt worden. Er übersieht damit, daß in diesem Stoff selber, in den leitenden Grundsätzen, den Regeln, Einteilungen, Rechtssätzen der Niederschlag der gesamten praktischen und theoretischen Arbeit eines Jahrtausends steckt, ein Schatz von Erfahrungen und Gedanken, der nicht erst dadurch seinen Wert erhält, daß der Zufall uns einen Einblick in die Art und Weise vergönnt hat, wie die klassischen Juristen denselben verwenden. So lehrreich und bildend es für den Jünger ist, den Meister in seiner Werkstätte arbeiten zu sehen, vergessen wir doch nicht, daß in dem Kunstwerk selber der Meister und Lehrer steckt. Der Inhalt des römischen Rechts, den Savigny für etwas so Gleichgültiges hält — was ist er anders, als die Ablagerung der römischen Jurisprudenz vom Anfange ihres Auftretens an bis zu ihrem Ende — in Verbindung mit all den übrigen Faktoren, welche dem römischen Recht seine Gestalt gegeben haben? In den Regeln, welche die römischen Juristen

lehren, in den positiven Rechtssätzen, die sie mitteilen, in den Einteilungen, deren sie sich bedienen, in den Instituten, die noch heutzutage gelten — in ihnen allen steckt gebunden jene geistige Kraft, welche das römische Recht groß gemacht hat. Es hieße, dieselbe sehr unterschätzen, wenn man sie mit Savigny mit der „juristischen Methode", wie er sie schildert — dem bloßen Virtuosentum der Anwendung des Vorhandenen —, identifizieren wollte. Sie betätigte sich nicht minder in der Gesetzgebung als in der Jurisprudenz, in der Sammlung und Verwertung der praktischen Erfahrungen nicht minder als in den theoretischen Formulierungen, in der Erfindung und der Umgestaltung der Rechtssätze nicht minder als in ihrer Anwendung. Ein klares Auge für das, was dem Leben not tat, eine sichere und geschickte Hand in der Wahl der richtigen Mittel, ein offenes Ohr für die Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit, der Mut, den Lockungen der Konsequenz zu widerstehen, wo sie mit den realen Interessen in Widerspruch gerät — das sind Eigenschaften, welche nicht minder schwer wiegen als der bloße zersetzende Verstand der Juristen und ihre, wenn ich es einmal so ausdrücken darf, manuelle Fertigkeit im Operieren. Selbst ein Savigny wird uns nicht glauben machen, daß wir das römische Recht je rezipiert haben würden, wenn nicht diese Eigenschaften in Verbindung mit der rein formal juristischen Kunst demselben einen Grad der materiellen Brauchbarkeit verliehen hätten, der dasselbe für die realen Bedürfnisse und Anforderungen der modernen Welt geeignet gemacht hätte.

Um mein Urteil über Savignys Ansicht in ein Wort zusammenzufassen, so mache ich ihr einen doppelten Vorwurf: erstens, daß sie den Wert des römischen Rechts ausschließlich in ein rein formales Moment: das technisch-juristische setzt, das Gewicht der übrigen den Wert der Rechte mitbestimmenden Faktoren völlig übersieht, und zweitens, daß sie selbst in dieser einseitigen Richtung wiederum einer zweiten Einseitigkeit verfällt, indem sie, anstatt jenes Moment in dem Gesamtapparat des römischen Rechts: in seinen Instituten, Begriffen, Rechtssätzen als im-

prägniert und immanent anzuerkennen, es lediglich in der flüssigen Gestalt erfaßt, in der es uns durch den Zufall aufbewahrt ist, daß Justinian die römischen Juristen exzerpieren anstatt verarbeiten ließ. Nach Savigny stände und fiele das römische Recht mit den justinianischen Pandekten; wäre es denkbar, daß dieselben einmal gänzlich in allen Exemplaren verloren gingen, so hätte es seinen Wert für uns eingebüßt, während meines Erachtens die eigentliche Substanz des römischen Rechts, wie sie in unsere moderne Gesetzgebung und Wissenschaft übergegangen ist, dadurch nicht erheblich gefährdet sein würde.

Der Versuch, den Stahl a. a. O. unternommen hat, den Wert des römischen Rechts zu bestimmen, enthält dem Savignyschen gegenüber insofern einen Fortschritt, als Stahl das Charakteristische des römischen Rechts in der Gestaltung der Institute, nicht in der technischen Virtuosität der klassischen Juristen sucht. Wie wenig aber der Gesichtspunkt der Einseitigkeit der Verhältnisse, den Stahl anlegt, ausreicht, das Wesen des römischen Rechts zu ergreifen und seinen Wert zu bestimmen, davon wird hoffentlich das vorliegende Werk hinlänglich den Beweis liefern.[2d])

So haben auch Savigny und Stahl die Frage vom Wert des römischen Rechts kaum erheblich gefördert, und die Aufgabe, die ich oben (S. 15) als die des gegenwärtigen Werkes bezeichnete: die einer eingehenden Materialkritik des römischen Rechts, harrt zurzeit noch ihrer Lösung. Es ist weder der Versuch einer Beurteilung des römischen Rechts im ganzen und großen gemacht, noch pflegt bei der Bearbeitung einzelner Lehren, von wenigen rühmlichen Ausnahmen abgesehen (vor allen G. Bruns, Das Recht des Besitzes), eine kritische Betrachtungsweise für notwendig erachtet zu werden. Man nimmt das römische Recht eben hin, als könne es nicht anders sein, als sei mit einer möglichst reinen Darstellung desselben die Aufgabe der Wissenschaft ihm

2d) Über die relative Wahrheit dieses Gesichtspunktes s. II. § 39, wo zugleich die Täuschung, in der Stahl rücksichtlich seiner befangen ist, angegeben werden wird (Note 422).

gegenüber völlig gelöst. Der Grundzug unserer ganzen dem römischen Recht zugewandten wissenschaftlichen Tätigkeit seit Jahrhunderten ist der des unbefangenen Positivismus, unser Skeptizismus reicht über die rein positiven Fragen, bei denen er allerdings nicht müde wird sich zu betätigen, nicht hinaus, es genügt uns die Kenntnis der Tatsachen, das Urteil kümmert uns nicht. Versteht sich aber letzteres etwa so sehr von selbst, daß die Wissenschaft sich nicht weiter darum zu bekümmern brauchte? Das wäre ein großer Irrtum; man müßte gar keine Ahnung von der Bedeutung und dem Umfang dieser Aufgabe haben. Oder ist unsere Jurisprudenz bei ihrer praktischen Tendenz gleichgültig gegen alle Fragen, die sich nicht unmittelbar auf die praktische Anwendbarkeit des Rechts beziehen? Dies ist ebensowenig der Fall, wie ja die eifrige Kultur der römischen Rechtsgeschichte am besten bezeugt.

Nein, scheuen wir uns nicht, den Vorwurf auszusprechen: der Grund jenes Versäumnisses liegt nicht im Nicht-Wollen, sondern im Nicht-Können. Zu einer wahrhaften Kritik des römischen Rechts, zur Erforschung seines innersten Wesens und seiner letzten Gründe fehlt es unserer romanistischen Jurisprudenz sowohl an der subjektiven Fähigkeit wie an dem objektiven wissenschaftlichen Apparat. Die Beschaffenheit des Stoffes, dem ihre ganze Tätigkeit gewidmet ist, zwingt sie, denselben stets in größter Nähe, ich möchte sagen mit der exegetischen Lupe in der Hand zu betrachten, und diese Fertigkeit ist durch Übung so sehr in ihr ausgebildet, ihr wissenschaftlicher Apparat, ihre Lupen und Mikroskope sind so scharf geschliffen, daß sie in der kleinsten unscheinbarsten Stelle aus den Pandekten oder Gajus gewissermaßen das Blut zirkulieren sehen kann. Aber wie dadurch einerseits das Auge für solche mikroskopische Beobachtungen geschärft wird, nimmt andererseits die Weitsichtigkeit desselben ab, und es stellt sich wohl gar geradezu eine Abneigung gegen die Einnahme entfernterer Standpunkte ein. Ist es nicht erklärlich, daß mancher, der jedes Sandkorn in der Nähe sieht, in allgemeineren Gesichtspunkten nichts erblickt als verschwimmende Umrisse, Seifenblasen, an denen nur

oberflächliche Naturen Gefallen finden können? Unſere gegenwärtige Aufgabe erfordert aber durchweg ein Operieren mit allgemeinen Geſichtspunkten, eine Betrachtung aus der Ferne. Um das römiſche Recht zu beurteilen, können wir uns nicht an einzelne Beſtimmungen desſelben halten, ſondern wir müſſen dasſelbe prinzipiell erfaſſen, wir ſind daher beſtändig gezwungen zu abſtrahieren. Statt der Lupe bedürfen wir, wenn der Vergleich erlaubt iſt, der Teleſkope, ſtatt einer Kritik, welche die Überlieferungsform des römiſchen Rechts, die Handſchriften, Varianten uſw. zum Gegenſtand hat, einer Kritik des Rechts überhaupt, einer allgemeinen Naturlehre desſelben. Wer meſſen will, bedarf eines Maßſtabs, und den Maßſtab zur Beurteilung eines einzelnen Rechts kann uns nur die allgemeine Lehre von der Natur und Erſcheinungsform des Rechts überhaupt geben. Wie dürftig iſt es aber mit dieſer Lehre beſtellt, wie gering iſt das Kapital von Begriffen, Anſchauungen und Geſichtspunkten, das uns die heutige Jurisprudenz zu dieſem Zweck zu Gebote ſtellt. Mir iſt dieſer Mangel bei meiner Arbeit in hohem Grade fühlbar geworden. An wie mancher Erſcheinung mußte ich ohne Ausbeute vorübergehen, bei der es mir doch gewiß war, daß ſie einen geiſtigen Gehalt in ſich ſchließe, den zu finden es nur einer Erweiterung der rechtsphiloſophiſchen Auffaſſung bedürfe. Was uns im Leben täglich begegnet, geſchieht auch in der Wiſſenſchaft; gedankenlos gehen wir an manchen inhaltreichen Erſcheinungen vorbei, und wenn wir darauf aufmerkſam geworden ſind, erſcheint uns unſer früheres Überſehen unbegreiflich — die Verwunderung iſt nach Plato der Anfang der Philoſophie. So wird auch eine kommende Zeit es unerklärlich finden, daß unſere gegenwärtige Jurisprudenz, die eine ſo hohe Kenntnis des römiſchen Rechts beſitzt, doch eine ſo geringe Beobachtungsgabe für die charakteriſtiſchen Eigenſchaften desſelben gehabt hat, daß uns verſchloſſen blieb, was demnächſt, wenn der rechte Geſichtspunkt dafür gefunden, dem blöden Auge ſichtbar iſt. Mich hat bei meiner Aufgabe öfter das Gefühl beſchlichen, als hätte ich vor mir den geſtirnten Himmel;

die Resultate meiner Beobachtung erhöhen täglich in mir die Überzeugung, daß sich hier dem Forschergeiste noch ein unendliches Feld von Entdeckungen öffnet, aber bei jedem Schritte, den ich vorwärts zu machen strebe, hemmt mich, um im Bilde zu bleiben, der dürftige Apparat der Sternwarte und drängt mir die Überzeugung auf, daß er selbst erst vermehrt und verbessert werden muß, damit die Ausbeute lohnender werde. In demselben Maße, in dem die allgemeine Naturlehre des Rechts auf rechtsphilosophischem und empirisch-komparativem Wege sich vervollkommnet und an neuen Begriffen und Gesichtspunkten sich bereichert, wird auch die Einsicht in das wahre Wesen des römischen Rechts steigen. Jene Naturlehre selbst liegt heutzutage noch in der Kindheit, und die vorliegende Schrift hat neben ihrer Hauptaufgabe zugleich die Bestimmung, diese Lehre um einige Beiträge zu bereichern, bei Gelegenheit der Beurteilung eines einzelnen Rechts Gesichtspunkte aufzustellen, die dem Wesen des Rechts überhaupt entnommen sind, eine allgemeinere Wahrheit beanspruchen. Ihre Benutzung für unseren speziellen Zweck wird eine nähere Begründung derselben unvermeidlich machen, aber auch nur soweit jener Zweck es erheischt, werden wir es uns verstatten, dieselben auszuführen.

Mit dieser Versicherung scheinen schon die nächsten Paragraphen in Widerspruch zu treten. Dieselben sollen nämlich die richtige Methode für eine rechtshistorische Darstellung vorzeichnen, und daß unsere Aufgabe rechtshistorischer Art ist, liegt auf der Hand, denn das römische Recht läßt sich ohne Eingehen auf seine Geschichte nicht beurteilen. Inwiefern unsere Aufgabe von der römischen Rechtsgeschichte abweicht, wird sich bei der Begründung der Methode am besten bestimmen lassen. Ich gehe bei dieser Begründung von der Idee aus, daß jede Darstellung der Geschichte des Rechts den beiden Begriffen des Rechts und der Geschichte ein Genüge tun soll — ein gewiß höchst unschuldiger Satz, den, möchte man sagen, kein Rechtshistoriker je außer

Augen gelaſſen hat. Aber in wie manchen Darſtellungen der römiſchen Rechtsgeſchichte zeigt ſich das gerade Gegenteil. Wie manche enthalten in Wahrheit weder eine Geſchichte, noch eine Geſchichte des Rechts, ſondern eine nach Zeit und Inhalt angeordnete Zuſammenſtellung rechtshiſtoriſchen Materials, ein Inventarium der römiſchen Rechtsgeſchichte. Die folgende Darſtellung wird die Grundgebrechen der herrſchenden Methode bezeichnen, und ſie ſind ſo tief eingewurzelt, daß es nicht ausreicht, ſie durch die Tat zu widerlegen, ſondern daß ich es für unerläßlich hielt, dem Verſuch einer ſolchen tatſächlichen Widerlegung die Begründung der nach meiner Anſicht richtigen Methode vorauszuſchicken. Letzteres ſelbſt war nur durch eine zuſammenhängende Entwicklung der ſich aus den beiden Begriffen des Rechts und der Geſchichte für den Rechtshiſtoriker ergebenden Konſequenzen möglich. Es iſt aber nicht auf eine philoſophiſche Analyſe beider Begriffe abgeſehen, ſondern unſer Zweck verſtattet es uns, von einfachen, unbeſtrittenen Wahrheiten auszugehen und uns mit einfachen Reſultaten zu begnügen. Die einfachſten Wahrheiten werden aber bekanntlich nicht ſelten überſehen oder nicht zur Anwendung gebracht, und dieſer alte Satz bewährt ſich auch hier.

Methode der rechtshiſtoriſchen Darſtellung.

I. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten ſind.

1. Anatomiſche Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Beſtandteile desſelben: Rechtsſätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinſtitute — Pſychiſche Organiſation des Rechts — Differenz zwiſchen dem objektiven Recht und der ſubjektiven Erkenntnis (latente Beſtandteile des Rechts) — Aufgabe der Wiſſenſchaft.

III. Wir gehen von der heutzutage herrſchenden Auffaſſung des Rechts als eines objektiven Organismus der menſchlichen Freiheit aus. Es iſt gegenwärtig kein Streit mehr darüber, daß das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äußerliches

Aggregat willkürlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern gleich der Sprache eines Volkes ein innerlich abgeschlossenes Produkt der Geschichte ist. Menschliche Absicht und Berechnung hat freilich ihren Anteil an der Bildung desselben, aber sie findet mehr als daß sie schafft, denn die Verhältnisse, in denen sich das Gattungsleben der Menschheit bewegt, warten nicht erst auf sie, daß sie dieselben aufrichte und gestalte. Der Drang des Lebens hat das Recht mit seinen Anstalten hervorgetrieben und unterhält dasselbe in unausgesetzter äußerer Wirklichkeit. Die Gestalt, welche die Sinnesart des Volkes und seine ganze Lebensweise demselben aufgedrückt hat, ist das, was jede legislative Reflexion und Willkür vorfindet, und woran sie nicht rütteln kann, ohne selbst zuschanden zu werden. In steter Abhängigkeit von dem Charakter, der Bildungsstufe, den materiellen Verhältnissen, den Schicksalen des Volkes verläuft die Bildungsgeschichte des Rechts, und neben den gewaltigen historischen Mächten, welche dieselben bestimmen, schrumpft die Mitwirkung des menschlichen Verstandes, wenn er statt Werkzeug Schöpfer sein will, in nichts zusammen.

Die reale, objektive Schöpfung des Rechts, wie sie uns in der Gestaltung und Bewegung des Lebens und Verkehrs als verwirklicht erscheint, läßt sich als ein Organismus bezeichnen, und an dieses Bild des Organismus wollen wir unsere ganze Betrachtung anknüpfen. Indem wir dieses Bild benutzen, legen wir damit dem Recht die Eigenschaften eines Naturproduktes bei, also Einheit in der Vielheit, Individualität, Wachstum von innen heraus. Diese Vergleichung, die Bezeichnung: organisch, naturwüchsig usw. ist heutzutage eine sehr beliebte geworden, aber nicht selten ist sie ein prunkendes Aushängeschild, hinter dem sich eine ganz mechanische Behandlungsweise verbirgt, ein Glaubensbekenntnis in Worten, das man im ersten Paragraphen ablegt, um es nachher durch die Tat verleugnen zu dürfen.

Jeder Organismus macht eine doppelte Betrachtung möglich, eine anatomische und eine physiologische; jene hat die

Bestandteile desselben und ihr Ineinandergreifen, also seine Struktur, diese die Funktionen desselben zum Gegenstand. Wir wollen das Recht diesen beiden Betrachtungsweisen unterwerfen[2e]), und zwar wenden wir uns in diesem Paragraphen zuerst der Struktur desselben zu.

Wie jeder Organismus zusammengesetzt ist aus verschiedenen Teilen, so auch der des Rechts. Je edler aber und zarter diese Teile organisiert sind, je weniger sie also auf der Oberfläche liegen, desto später kommen sie dem Menschen zum Bewußtsein, und dies gilt auch vom Recht. Bei jedem Volke hat die Kunde von der Organisation des Rechts, vom Äußerlichen immer weiter zum Innerlichen aufsteigend, eine lange Stufenleiter zurücklegen müssen. Die Frucht dieser auf die Erkenntnis des Rechts gerichteten Tätigkeit ist das Aussprechen des Erkannten, ich nenne es das Formulieren des Rechts. Es geschieht teils aus dem Volke heraus, indem die tatsächlich beobachteten Normen in Form von Rechtssprichwörtern ausgedrückt werden, teils durch den Gesetzgeber, indem er das in Form des Gefühls oder Gewohnheitsrechts vorhandene Recht ausspricht und anerkennt, teils endlich durch Doktrin und Praxis, indem sie sich der geltenden Rechtssätze oder ihrer Konsequenzen bewußt werden. Alle diese

---

2e) Erst seit dem Erscheinen der ersten Auflage bin ich auf eine Stelle von Bentham aufmerksam geworden, in welcher derselbe eine ähnliche Betrachtungsweise für das Recht aufstellt. Sie findet sich bei Etienne Dumont, Jeremias Benthams Prinzipien der Gesetzgebung. Cöln 1833. S. XXIII. „Nicht in Büchern über das Recht, sagt er, habe ich Mittel zur Erfindung und Muster der Methode gefunden, vielmehr in Werken über Metaphysik, Physik, Naturgeschichte, Medizin. Indem ich einige neuere Abhandlungen über die zuletzt genannte Wissenschaft las, erregte die Klassifikation der Übel und Heilmittel in einem besondern Grade meine Aufmerksamkeit. Könnte man nicht dieselbe Anordnung auch auf die Gesetzgebung übertragen? Könnte der politische Körper nicht auch seine Anatomie, seine Physiologie, seine Nosologie, seine Materia medica haben? Was ich in Tribonian, Coccejt, Blakstone, Vattel, Pothier, Domat gefunden habe, ist sehr wenig; Hume, Helvetius, Linnee, Bergmann, Cullen sind mir weit nützlicher gewesen."

Beiträge sind Versuche, das Recht ins Bewußtsein zu bringen, und für alle diese Versuche gilt jener Satz, daß die Erkenntnis, mit dem Äußerlichen beginnend, erst allmählich zum Innerlichen aufsteigt. Dies wollen wir im folgenden ausführen und, indem wir dem menschlichen Geist in dieser seiner Arbeit folgen, die Stufenleiter in der Organisation des Rechts selber kennen lernen.

Das erste, was er erblickt, sind die äußeren praktischen Spitzen des Rechts, diejenigen Teile, deren Tätigkeit ihm sofort in die Augen springen muß: die Rechtssätze. Er sieht, daß etwas geschieht und sich stets wiederholt, er fühlt, daß es geschehen muß, und faßt dies Müssen in Worte. So entstehen die Rechtssätze. Aber wie weit bleiben diese Abstraktionen hinter der Wirklichkeit, der sie entnommen sind, zurück; wie roh und lückenhaft ist das Bild, das sie uns von derselben gewähren. Sie gleichen den ersten plastischen Versuchen eines Volkes. So wenig wie man aus letzteren folgern darf, daß Menschen und Tiere zu jenen Zeiten so ausgesehen haben, wie sie in diesen unvollkommnen Nachbildungen erscheinen, so wenig ist die Annahme verstattet, daß sämtliche Rechtsregeln aus der Kindheitsperiode eines Volkes ein getreues Bild seines Rechts gewähren. Sie sind nichts als rohe Umrisse, wesentlich berechnet darauf, durch die lebendige Anschauung ergänzt und vervollständigt zu werden; zwischen ihnen und dem Rechte, wie es tatsächlich zur Anwendung gelangt, herrscht sowohl in qualitativer wie quantitativer Hinsicht die größte Differenz.

Ist dies nicht eine gewagte Behauptung? Woher wissen wir denn, daß das Recht einen andern Umfang und Inhalt gehabt hat, als die uns erhaltenen Rechtssätze bekunden? Die Sache ist einfach. Um einen Gegenstand richtig darzustellen, ist eine doppelte Fähigkeit nötig; die: ihn getreu in sich aufzunehmen, und die: ihn getreu wiederzugeben, oder mit andern Worten Beobachtungsgabe und Darstellungstalent. Auf das Recht angewandt also, ist erforderlich, daß der Darstellende unter

der bunten Hülle der konkreten Lebensverhältnisse, aus denen er die Regel abstrahieren soll, den rechtlichen Kern wahrzunehmen, und sodann, daß er ihn entsprechend zu formulieren verstehe. Wie wir aber in der uns umgebenden äußeren Natur täglich so manche bedeutungsvolle Erscheinung übersehen und oft erst ein Zufall den Beobachter aufmerksam macht und ihn zu den wichtigsten Entdeckungen führt, ganz so ist es auch in der moralischen Welt, ja es gilt dies für sie, die nur mit dem geistigen Auge wahrgenommen werden kann, in noch erhöhterem Grade. Wir finden eine bestimmte Organisation derselben vor und haben uns an die gleichmäßige Fortdauer derselben in einer Weise gewöhnt, daß wir gar nicht auf die Frage kommen, inwieweit diese Ordnung bloß faktischer, zufälliger, inwieweit sie rechtlicher, notwendiger Art sei. Da macht der Zufall, daß jemand in irgend einem Punkt dieser Ordnung zuwider handelt, uns aufmerksam; wir werfen die Frage auf, und mit der Frage ist auch die Antwort, die Erkenntnis da. So verdankt vielleicht auch die Kunde der moralischen Welt dem Zufall ihre folgenreichsten Entdeckungen. Bei vielen Entdeckungen ist die Antwort weniger schwierig gewesen als die Frage, und der Wissenschaft, die vor lauter Antworten nicht zum Fragen gelangte, hat oft der Zufall zu Hilfe kommen und die rechten Fragen hinwerfen müssen.

Mühsam und langsam schleicht auf dem Gebiete des Rechts die Erkenntnis, und auch bei hoher Reife der Wissenschaft entzieht sich manches ihrem Blicke. So groß die Virtuosität der klassischen römischen Juristen war, so gab es doch auch zu ihrer Zeit Rechtssätze, die da waren, ohne von ihnen erkannt zu sein, und die erst durch die Bemühungen der heutigen Jurisprudenz ans Tageslicht gebracht sind, ich bezeichne sie als *latente* Rechtssätze. Wenn man uns fragt: wie war dies möglich, da sie doch, um angewandt zu werden, erkannt sein mußten, so können wir statt aller Antwort auf die Sprachgesetze verweisen. Dieselben werden von Tausenden täglich *angewandt*, die nie etwas von ihnen gehört haben, und selbst der Gebildete ist sich ihrer nicht

immer vollständig bewußt; was der Erkenntnis gebricht, ersetzt das Gefühl, der grammatikalische Instinkt.[3])

Also die Entdeckung der vorhandenen Rechtsregeln ist bedingt durch die Beobachtungsgabe. Daß letztere aber nach Verschiedenheit der Zeiten und Individuen großer Abstufungen fähig ist, liegt ebenso sehr auf der Hand, als daß das Maß derselben im allgemeinen sich nach der geistigen Bildung des Beobachtenden bestimmt. Wir werden also nicht unrecht tun, wenn wir ungebildeten, rohen Völkern zurufen: Das wenigste von der Rechtswelt, die euch umgibt, habt ihr begriffen, das meiste entzieht sich eurem Auge und lebt bloß in eurem Gefühl; ihr steht in Rechtsverhältnissen, ohne es zu wissen, ihr handelt nach Normen, die keiner von euch ausgesprochen hat; die Rechtssätze, von denen ihr Kunde habt, sind nur vereinzelte Streiflichter, welche die Welt des tatsächlichen Rechts in euer Bewußtsein wirft.

---

3) Ich kann es mir nicht versagen, hier eine Bemerkung von einem Sprachforscher, dessen Resultate ich im Laufe des Werkes noch oft benutzen werde, mitzuteilen, nämlich von Pott, Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen usw. Bd. 1. 1883. S. 146: „Jene umgekehrte Kurzsichtigkeit, welche wohl entfernte Punkte, aber nicht die ganz naheliegenden wahrnehmen läßt, offenbart sich im geistigen Sinne am Menschen vorzüglich rücksichtlich der Kenntnis seiner Muttersprache. Diese bietet dem Fremden auf den ersten Blick eine Menge auffallender und hervorstechender Punkte dar, die der, welcher sie von Kindesbeinen an redet, eben der Gewohnheit wegen entweder nie oder nur schwer inne wird; jener wird schon äußerlich gezwungen, darauf sein Augenmerk zu richten, während dieser erst den Reiz des Aufmerkens durch Willenskraft hervorbringen muß. Daher die bekannte Erscheinung, daß man sich in der Regel der Muttersprache erst durch die Erlernung fremder Sprachen recht bewußt wird, und daß es fast schwerer ist, eine Grammatik der Muttersprache als einer fremden zu fassen. Ferner würde der größte Sprachvirtuose vielleicht der schlechteste Grammatiker sein und umgekehrt. Doch wozu dies? Um uns dem Wahne derer entgegenzustellen, welche die Autorität eines Nationalgrammatikers in all und jedem für heilig halten. Es gibt aber solche Böotier, und sie kehren wieder, so oft man sie auch mit den Zinken austreibt." Statt Sprache und Nationalgrammatiker setze man Recht und Nationaljurist, und nomine mutato narratur fabula de te.

Als zweite bei der Aufstellung von Rechtssätzen mitwirkende Eigenschaft bezeichneten wir das Formulierungsvermögen oder die Fähigkeit, den entdeckten Rechtssätzen ihren angemessenen Ausdruck zu geben. Sie setzt eine richtige Erkenntnis voraus, aber sie ist noch nicht mit ihr gegeben; wie manche Anschauung steht klar und bestimmt vor unserer Seele, die wir doch nur höchst unvollkommen in Worte bringen können. Jedes, auch das relativ vollendetste Recht bietet uns Beispiele von mißlungenen Formulierungen, d. h. nicht von Mißgriffen in den Bestimmungen selbst, sondern in ihrer Fassung und beweist damit die hohe Schwierigkeit der hier zu betrachtenden Operation.[4]) Wenn letztere selbst zu Zeiten der höchsten geistigen Reife nicht immer gelingt, wie unvollkommen muß sie ausfallen bei einem Geschlechte, das geistiger Arbeit wenig gewohnt ist, wie groß also muß hier die Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem formulierten Recht sein. Die Formulierung wird bald zu eng, bald zu weit sein. Bald werden wesentliche Voraussetzungen der Regel verschwiegen, vielleicht weil man ihrer gar nicht gedachte, vielleicht auch weil man sie als selbstverständlich ansah; bald lautet die Regel allgemein, ohne der notwendigen Modifikationen zu erwähnen, bald erscheint sie geknüpft an eine besonders hervortretende Spezies, während sie doch ihrer praktischen Gültigkeit nach die ganze Gattung betraf usw.

Jene Differenz zwischen dem formulierten und tatsächlichen Recht ist nun sowohl quantitativer als qualitativer, extensiver als intensiver Art, oder m. a. W. neben den ausgesprochenen Rechtssätzen gibt es noch latente Rechtssätze, und die ausgesprochenen selbst enthalten nicht immereine adäquate Formulierung, so daß also die Theorie es in ihrer Hand hat aus dem bestehenden Recht sowohl die Summe der Rechtssätze zu vermehren als letztere selbst zu verbessern. Je nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker ist

4) Von den römischen Juristen öfters anerkannt, s. z. B. l. 1 l. 220 de R. J. (50. 17) l. 32 pr. de usur. (22. 1) l. 1 pr. de reg. Cat. (34. 7).

jene Differenz verschieden; es ist nicht bloß die Kulturstufe, die sie bestimmt, sondern auch die Verschiedenheit der natürlichen Anlage, des angeborenen Talents. Manchem Volke ist es weniger Bedürfnis, sich sein Recht zum Bewußtsein zu bringen und es äußerlich zu fixieren, ein anderes ist von vornherein von diesem Triebe beseelt und besitzt auch die erforderliche natürliche Begabung dazu. Letztere betätigt sich nicht sowohl quantitativ im Reichtum der Rechtssätze als qualitativ in ihrer Beschaffenheit; ja es kann die quantitative Produktivität gerade ein Zeichen von Schwäche sein.[5])

Wie graduell verschieden aber diese Differenz nach Verschiedenheit der Kulturstufe immerhin sein möge, ganz gehoben wird sie nie. Bis jetzt wenigstens hat die Erfahrung bewährt, daß das Recht eine unversiegbare Quelle ist, aus der Theorie und Praxis täglich subjektiv neue, d. h. bis dahin noch nicht erkannte Rechtssätze schöpfen, und bis jetzt noch haben sich die Formulierungen aller Zeiten als bildungs- und vervollkommnungsfähig bewiesen. Daß die rein doktrinellen Formulierungen beständig im flüssigen Zustande begriffen sind, täglich neue Formen annehmen, braucht kaum gesagt zu werden. Für den Laien aber bedarf es der Bemerkung, daß dasselbe auch bei den durch Gesetze ausgesprochenen Rechtssätzen der Fall ist, und zwar nicht etwa — was sich von selbst versteht — bloß in der Weise, daß der Gesetzgeber selbst seine Versehen rektifiziert, sondern auch ohne seine Beihilfe rein auf dem Wege doktrineller Tätigkeit. Dies geschieht teils durch die Interpretation, indem der wahre Sinn des Gesetzes einer zu engen oder zu weiten Wortfassung gegenüber festgestellt wird, teils durch die analoge Ausdehnung, die eine Fortbildung des Gesetzes selbst enthält, indem sie zeigt, daß die gesetzliche Bestimmung fälschlich an einen unwesentlichen Tatbestand geknüpft war, an eine einzelne Spezies anstatt an die Gattung, und

5) Bei Gelegenheit der unten folgenden Betrachtung der systematischen Seite des Rechts wird sich dies leichter entwickeln lassen.

folglich über die engen Grenzen, die sie selbst sich setzte, ausgedehnt werden müsse.[6])

Nachdem wir jetzt das Resultat gefunden haben, daß zwischen dem objektiven Recht, wie es tatsächlich herrscht und zur Anwendung gelangt, und seiner Fassung in Form von Rechtssätzen, dem Dogma, keine vollständige Kongruenz besteht, wollen wir eine Frage beantworten, die sich gewiß manchem Leser aufgedrängt hat. Man könnte nämlich meinen, daß jene mangelhaften Formulierungen eine nachteilige Rückwirkung auf das Recht selbst ausüben müßten. Wie verhält es sich damit? Man muß unterscheiden. Gerade zu den Zeiten, wo sie am unvollkommensten sind, weil das Formulierungsvermögen auf der niedrigsten Stufe steht, droht diese Gefahr am wenigsten. Wo nämlich die Anwendung derselben zu einem Widerspruch mit dem Recht, wie es objektiv in der Wirklichkeit und subjektiv in dem Gefühl und der Anschauung lebt, führen würde, tritt letztere rektifizierend dazwischen.[7]) Zwischen den Rechtssätzen und dem wirklichen Recht besteht hier das Verhältnis, welches ein römischer Jurist[8]) für die regulae juris dahin angibt: regula est, quae rem, quae est,

6) Die analoge Ausdehnung wird am häufigsten in dem Falle eintreten, wenn zur Zeit der Erlassung des Gesetzes nur bestimmte einzelne Spezies der Gattung bekannt waren, und hinterher erst andere aufkamen, z. B. ein Gesetz aus alter Zeit spricht bei der Münzfälschung von gemünztem Gelde, späterhin aber kommt Papiergeld auf. Indem nun die Doktrin das Gesetz auf letzteres ausdehnt, geht sie von der Idee aus: Das Gesetz war für den Gattungsbegriff Geld (öffentlich beglaubigtes Tauschmittel) bestimmt, es erscheint aber an eine Spezies (Metallgeld) geknüpft, weil zur Zeit seiner Abfassung die Gattung noch mit dieser einen Spezies zusammenfiel; das Wesentliche seines Tatbestandes liegt aber nicht in dem, was die Spezies auszeichnet (Metall), sondern in dem, was der Gattung gemein ist (Geld). Das Weitere in § 39.

7) Auch hier verweise ich wieder auf die Analogie der Sprache. Unrichtige grammatikalische Regeln schaden dem Sprachgebrauch des Lebens zu den Zeiten am wenigsten, wo die Fertigkeit grammatischer Abstraktionen am wenigsten ausgebildet ist.

8) Paulus in der I. 1 de R. J. (50. 17).

breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Auch verdient dabei wohl beachtet zu werden, teils daß die Verhältnisse selber zu jenen Zeiten noch nicht so kompliziert sind, teils daß diese Rechtssätze den Zeitgenossen, welche die konkreten Rechtsverhältnisse täglich vor Augen haben, in einem ganz andern Lichte erscheinen als dem späteren Beobachter; jenen genügt eine unvollkommne Skizze, sie reproduziert in ihnen das vollständige Bild, während dieser eben nichts darin erblickt als rohe Umrisse. Man könnte sie auch Notizen nennen, die sich ein Volk über die Erweiterung seines Rechtsbewußtseins macht. So dürftig sie sind, so unverständlich für jeden Dritten, der die Voraussetzung ihres Verständnisses nicht mitbringt, so sind sie doch für den, der sie aus seiner lebendigen Anschauung des Lebens und dem allen gemeinsamen Rechtsgefühl zu ergänzen vermag, vollkommen ausreichend.

Je mehr nun im Laufe der Zeit die Frische und Lebendigkeit der unmittelbaren Anschauung des Rechts abnimmt, um so mehr steigt (wie bei der Sprache) der Einfluß der Theorie auf die Anwendung des Rechts und damit auch die Möglichkeit, daß Mißgriffe, welche sie bei der Formulierung ihrer Rechtssätze begangen hat, praktische Nachteile hervorrufen. Aber in demselben Maße, in welchem das Bedürfnis nach richtiger theoretischer Erfassung des Rechts fühlbarer und dringender wird, mehrt sich auch das Vermögen seiner Befriedigung — die Formulierung des Rechts kommt dem Recht selber immer näher, aus einer dürftigen Skizze sucht sie ein wirklicher „Spiegel" zu werden.

Welchen Nutzen gewährt uns die bisherige Ausführung für unsern Zweck, was sind die Konsequenzen, die sich daraus für die Methode der Darstellung des Rechts ergeben? Zwei Sätze sind es, oder richtiger ein Gedanke, der uns nach zwei Seiten hin nutzbar werden soll. Der Grundgedanke nämlich, den wir bisher entwickelt haben, daß die Rechtssätze nur die äußersten praktischen Spitzen des Rechts sind, aber weder extensiv noch intensiv den realen Gehalt desselben erschöpfen, dieser Grundgedanke richtet

an uns nach der einen Seite eine Warnung, nach der andern eine Aufforderung. Eine Warnung — nämlich die, das Recht irgend einer Zeit nicht mit ihren Rechtssätzen zu identifizieren. Je niedriger die Bildung der Zeit, je geringer ihre Fertigkeit zu abstrahieren und zu formulieren, um so weniger dürfen wir glauben, wie in ihren ersten dürftigen Grammatiken eine zutreffende Darstellung ihrer Sprache, so in ihren Rechtssätzen, und wären sie uns auch sämtlich erhalten, ein getreues Bild ihres Rechts zu besitzen. Was wir an denselben haben, ist das Bewußtsein der Zeit über ihr Recht, nicht das Recht selber. An diese Warnung knüpft sich denn notwendig die Aufforderung, das Recht selbst, oder da wir es hier nur zunächst mit einem Teile des Rechts, den Rechtssätzen zu tun haben, sie selbst richtiger zu formulieren, sowie die latenten Rechtssätze ans Tageslicht zu bringen. Es scheint freilich höchst gewagt, wenn der vielleicht um mehrere Jahrtausende später lebende Historiker sich vermessen will, den Rechtssätzen der Vergangenheit erst ihre wahre Gestalt zu geben; es klingt paradox, daß ein Rechtssatz lange, nachdem er aufgehört hat zu existieren, erst entdeckt werden soll. Aber ist dies in der Tat so vermessen? Wie manche geschichtliche Erscheinung wird erst begriffen, nachdem sie längst vorübergegangen ist, wie manche Persönlichkeit erst richtig gewürdigt, nachdem das Grab sich über ihr geschlossen hat. Jede Zeit ist ein Rätsel, das nicht sie selber, sondern erst die Zukunft löst. Wenn der Blick der Nachwelt nicht weiter trüge als der der Zeitgenossen, so wäre die Geschichtswissenschaft eine tote, zum ewigen Stillstand verdammte Wissenschaft, sie könnte sich darauf beschränken, für jede Periode die gleichzeitigen Darstellungen abdrucken zu lassen. Dasselbe Recht, dessen sich jeder Historiker bedient, daß er seine Quellen einer Kritik unterzieht und auf Grund derselben ein selbständiges Bild der Vergangenheit entwirft, dasselbe Recht vindiziere ich dem Rechtshistoriker. Die überlieferten Formulierungen des Rechts der Vergangenheit sind die Wegweiser, nicht die Grenzpfähle seiner Forschung.

Wir gehen jetzt in der Betrachtung der Struktur des Rechtsorganismus einen Schritt weiter. Die Rechtsſätze, welche wir bisher behandelt haben, ſind abſtrahiert aus einer Betrachtung der Lebensverhältniſſe und beſtimmt, die denſelben innewohnende Natur auszuſprechen und ſie ihnen zu ſichern. Zur Bildung der rechtlichen Form eines einzigen Lebensverhältniſſes müſſen aber oft verſchiedene einzelne Rechtsſätze zuſammenwirken, ſie finden alſo in dieſem ihnen gemeinſamen Zweck ihren Vereinigungspunkt und lagern ſich um ihn wie die Muskeln um den Knochen. Das in dieſer Weiſe rechtlich geformte Lebensverhältnis kann ſeinerſeits wiederum in abhängiger Beziehung zu einem andern ſtehen, ſich zu demſelben verhalten z. B. als Phaſe, als ein tranſitoriſches Moment desſelben, wie der Erwerb und Verluſt der Rechte zu den Rechten ſelbſt; oder als Folge, wie die Sukzeſſion des Erben in die Schulden des Erblaſſers zu der Antretung der Erbſchaft; oder als Spezies zu der Gattung, wie der Kaufkontrakt zu den Kontrakten, und dieſe zu den Obligationen. Auf dieſe Weiſe ſchießen denn die einzelnen Rechtsverhältniſſe, die als ſolche Gegenſtand abgeſonderter rechtlicher Beurteilung werden können, wiederum zu größeren ſyſtematiſchen Einheiten — den *Rechtsinſtituten* — zuſammen, die, um bildlich zu ſprechen, uns das feſte Knochengerippe des Rechts darſtellen, an das die ganze Subſtanz desſelben an Rechtsſätzen ſich anſchließt.

Es iſt die Aufgabe der Wiſſenſchaft, dieſe Gliederung des Rechts zu erforſchen, für das Kleinſte wie das Größte die richtige Stelle aufzuſuchen. Dieſe ſyſtematiſche Seite der Jurisprudenz iſt für die Erkenntnis des Rechts von ungleich höherer Bedeutung, als es auf den erſten Blick ſcheint, und wir wollen ſie daher einer genaueren Betrachtung unterziehen.

Dieſe Bedeutung beſteht nicht darin, daß das Recht ohne ſeinen ſyſtematiſchen Zuſammenhang nicht verſtanden werden kann, denn das iſt bei jedem Gegenſtande der Erkenntnis der Fall. Auch *das* bedarf heutzutage wohl keiner Bemerkung, daß das Syſtem ebenſowenig beim Recht wie bei jedem andern

Gegenſtande keine Ordnung ſein ſoll, die man in die Sache *hineinbringt*, ſondern eine ſolche, die man *herausholt*. *Jene* iſt die der Sache ſelbſt fremde Logik eines Schematismus, in den ſie gewaltſam hineingepreßt wird; es iſt ein *Netz*, das man ebenſogut über dieſes als über jenes Recht ſpannen könnte; das die Auffaſſung der Struktur des individuellen Gegenſtandes mehr erſchwert als erleichtert. Syſtem iſt gleichbedeutend mit innerer Ordnung der Sache ſelbſt und daher immer ganz individuell; dieſem Rechte iſt ein anderes Syſtem eigentümlich als jenem. Bei dem Rechte beſteht nun das Unterſcheidende der ſyſtematiſchen Tätigkeit darin, daß dadurch nicht bloß wie bei jeder andern Wiſſenſchaft das einzelne an ſeine richtige Stelle gebracht wird, ſondern daß dieſer *formale* Prozeß eine *materielle* Rückwirkung auf den Stoff ausübt, daß durch dieſe Prozedur mit den Rechtsſätzen eine innere Umwandlung vor ſich geht. *Die Rechtsſätze treten gewiſſermaßen in einen höhern Aggregatzuſtand*, ſie ſtreifen ihre Form als Gebote und Verbote ab und geſtalten ſich zu Elementen und Qualitäten der Rechtsinſtitute. So bilden ſich aus ihnen z. B. die Begriffe der Inſtitute, der Tatbeſtand der Rechtsgeſchäfte, die Eigenſchaften der Perſonen, Sachen, Rechte, Einteilungen aller Art uſw. Ein Laie, der gewohnt iſt, ſich einen Rechtsſatz in imperativiſcher Form zu denken, würde es kaum für möglich halten, welch' bedeutender Teil des Rechtsſyſtems ſich ganz dieſer Form entledigen, und ebenſowenig, wie den Rechtsbegriffen, Einteilungen uſw. kurz der dogmatiſchen Logik eine intenſivere praktiſche Bedeutung innewohnen kann als den Rechtsſätzen. Dieſe Logik des Rechts iſt gewiſſermaßen die Blüte, das Präzipitat der Rechtsſätze; in einen einzigen richtig gefaßten *Begriff* iſt vielleicht der praktiſche Inhalt von zehn früheren Rechtsſätzen aufgenommen. Wir wollen einige Beiſpiele geben, und zwar nehmen wir zuerſt einige Eigenſchaften der Sachen, von denen man am wenigſten ſagen ſollte, daß ſie aus Rechtsſätzen entſprungen ſeien und ſich wieder in ſolche umſetzen ließen. Bei der Einteilung in res in com-

mercio und extra commercium läßt ſich dies noch am erſten einſehen; der Rechtsſatz, der ſich unter derſelben verbirgt, lautet: gewiſſe Sachen ſollen der Privatherrſchaft völlig entzogen ſein. Schwieriger iſt es bei der Einteilung der zuſammengeſetzten und einfachen, teilbaren und unteilbaren Sachen, denn ſie betrifft nicht einmal eine juriſtiſche, ſondern eine bloß natürliche Eigenſchaft der Sachen. Und doch iſt auch ſie von praktiſcher Kraft, es liegt in ihr z. B. folgender Rechtsſatz: Wenn eine Sache mit einer andern in Verbindung gebracht wird, und zwar von der und der Beſchaffenheit, ſo gehen alle bisher an der hinzutretenden Sache beſtandenen Rechtsverhältniſſe unter; iſt ſie von der und der Beſchaffenheit, ſo geht nur der Beſitz unter, das Eigentum und andere Rechte aber dauern fort; ſolange die Verbindung dauert, ſteht der Eigentümer der zuſammengeſetzten Sache in den und den Rechtsverhältniſſen zu den einzelnen Teilen: wird ſie aber wieder aufgehoben, ſo gilt hinſichtlich des Beſitzes und der Uſukapion dieſes, hinſichtlich der reivindicatio und des Eigentumes uſw. jenes. Kurz es ſind viele praktiſche Fragen, die ſich bei der Auflöſung einer Sache in mehrere und der Zuſammenſetzung mehrerer zu einer aufwerfen laſſen, und die mittelbar durch die Entwicklung der hier in Rede ſtehenden Eigenſchaften der Sachen beantwortet werden. Nehmen wir als anderes Beiſpiel den Begriff irgend eines Rechtes, z. B. des Pfandrechtes. Die Definition desſelben lautet: Pfandrecht iſt ein Recht an einer fremden Sache, vermöge deſſen man ſie verkaufen und den Erlös zur Befriedigung einer Forderung verwenden darf. Darin liegen folgende Rechtsſätze: 1) es iſt die Verabredung rechtlich ſtatthaft, daß ein Gläubiger zur Befriedigung ſeiner Forderung eine fremde Sache verkaufe; 2) wenn die Sache ihm abhanden kommt, ſo hat er eine Klage gegen den dritten Beſitzer auf Herausgabe derſelben (in rem actio); 3) die verpfändete Sache muß eine fremde ſein; an eigener Sache kann kein Pfandrecht beſtehen, daher geht dasſelbe unter, wenn der Gläubiger das Eigentum an der verpfändeten

Sache erwirbt; 4) die Exiſtenz einer Forderung iſt Vorausſetzung des Pfandrechts, mithin geht es unter, wenn die Forderung erliſcht, und entſteht erſt in dem Augenblick, wo die Forderung exiſtent wird uſw.

Dieſe Präzipitierung der Rechtsſätze zu Rechtsbegriffen ſcheidet die wiſſenſchaftliche Auffaſſung und Behandlung eines Rechts von der Darſtellung desſelben in einem Geſetzbuch. Der Geſetzgeber kann ſich darauf beſchränken, ſeine Anforderungen in ihrer urſprünglichen, unmittelbar praktiſchen Form aufzuſtellen, die Wiſſenſchaft aber hat nicht bloß die Aufgabe, dieſelben zu erläutern und zu ordnen, ſondern ſie auf logiſche Momente des Syſtems zu reduzieren. Der Geſetzgeber gibt uns ſozuſagen zuſammengeſetzte Körper, die ihn bloß von ſeiten ihrer unmittelbaren Brauchbarkeit intereſſieren, die Wiſſenſchaft hingegen nimmt eine Analyſe derſelben vor und zerlegt ſie in einfache Körper. Dabei zeigt ſich denn, daß manche ſcheinbar heterogene Rechtsſätze aus denſelben Elementen gebildet ſind, alſo geſtrichen, geſpart werden könnten; daß der eine vor dem andern nur das Plus eines einzigen Momentes voraus hat, alſo die Angabe desſelben genügt; daß mancher Rechtsſatz ganz und gar aus verſchiedenen einfachen begrifflichen Elementen beſteht, alſo umgekehrt durch Zuſammenſetzung derſelben gewonnen werden kann. So bringt alſo die Analyſe erſt die wahre Natur der Rechtsſätze zur Erkenntnis, und ihr Reſultat beſteht darin, daß die Wiſſenſchaft ſtatt der endloſen Menge der verſchiedenartigſten Rechtsſätze eine überſichtliche Zahl einfacher Körper gewinnt, aus denen ſie auf Verlangen die einzelnen Rechtsſätze wieder zuſammenſetzen kann.[13]) Der Nutzen beſchränkt ſich aber nicht bloß auf dieſe Vereinfachung, die gewonnenen Begriffe ſind nicht bloße Auflöſungen

13) Es kann freilich auch völlig unauflösbare Beſtimmungen geben, rein poſitive Vorſchriften, die jeder Bemühung der Wiſſenſchaft ſpotten, und die ſich eben nur als Rechtsſätze an der betreffenden Stelle des Syſtems aufführen laſſen.

der gegebenen Rechtssätze, aus denen immer nur letztere selbst sich wieder herstellen ließen, sondern ein noch höherer Vorteil liegt in der hierdurch bewerkstelligten Möglichkeit einer *Vermehrung* des Rechts aus sich selbst, eines Wachstums von innen heraus. Durch Kombination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft *neue* Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue. Die Rechtssätze als solche haben nicht diese befruchtende Kraft, sie sind und bleiben nur sie selbst, bis sie auf ihre einfachen Bestandteile reduziert werden und dadurch sowohl in aufsteigender als absteigender Linie zu andern in Verwandtschaftsverhältnisse treten, d. h. ihre Abstammung von andern Begriffen offenbaren und selbst ihrerseits wieder andere aus sich hervorgehen lassen.[14])

Bisher haben wir den Einfluß betrachtet, den diese Analyse und systematische Verarbeitung der Rechtssätze auf das Recht selbst äußert; wir können ihn mit *einem* Worte bezeichnen als die Erhebung der Rechtssätze zu logischen Momenten des Systems. Auch dem Leben gegenüber hat diese Operation die größte Bedeutung; sie liefert uns nämlich, können wir sagen, die einfachen Reagenzien für die unendlich komplizierten konkreten Fälle des Lebens. Wer letztere nur mit Rechtssätzen in der Hand entscheiden wollte, würde in unaufhörlicher Verlegenheit sein, denn die Kombinationskunst des Lebens ist so unerschöpflich, daß die reichste Kasuistik eines Gesetzbuches ihren ewig neuen Fällen gegenüber dürftig erscheinen würde. Vermöge jener wenigen

14) Um ein Beispiel zu geben, so nehmen wir an, ein neuerer Gesetzgeber habe das ganze Pfandrecht neu reguliert. Die Tätigkeit der Wissenschaft wird darin bestehen, daß sie das Pfandrecht zuerst in seine beiden Elemente auflöst: das dingliche (das Recht an einer fremden Sache) und obligatorische (die persönlichen Forderungsverhältnisse zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner). Sodann untersucht sie weiter, welche Modifikation der Begriff eines Rechts an der Sache und der Begriff der Forderung in dieser Kombination im Pfandrecht erleidet; diese Modifikation ist dann das Spezifische des Pfandrechts, das allein einer nähern Verarbeitung bedarf, und in dem das produktive Prinzip des Pfandrechts liegt.

Reagenzien hingegen löſen wir jeden Fall auf. Ich möchte mich noch eines anderen Vergleiches bedienen, nämlich jene ſyſtematiſche oder logiſche Struktur des Rechts das Alphabet desſelben nennen. Das Verhältnis, in dem ein kaſuiſtiſch abgefaßtes Geſetzbuch zu einem auf ſeine logiſche Form reduzierten Recht ſteht, iſt dasſelbe wie zwiſchen der chineſiſchen Schriftſprache und der unſrigen. Die Chineſen haben für jeden Begriff ein beſonderes Zeichen, ein Menſchenleben reicht kaum aus, ſie zu erlernen, und neue Begriffe erfordern bei ihnen erſt eine Feſtſtellung ihrer Zeichen. Wir hingegen haben ein kleines Alphabet, mittelſt deſſen wir jedes Wort auflöſen und zuſammenſetzen können; leicht zu erlernen und nie uns im Stich laſſend. So enthält auch ein kaſuiſtiſches Geſetzbuch eine Menge von Zeichen für beſtimmte einzelne Fälle; ein auf ſeine logiſchen Momente reduziertes Recht hingegen bietet uns das Alphabet des Rechts, mittelſt deſſen wir alle noch ſo ungewöhnlichen Wortbildungen des Lebens entziffern und darſtellen können.

Es läßt ſich jetzt auch die Bemerkung begreiflich machen, die wir früher hinwarfen, daß nämlich der quantitative Reichtum an Rechtsſätzen ein Zeichen der Schwäche ſei. Er bekundet die Schwäche der intellektuellen Verdauungskraft, das mangelnde Vermögen, aus der Menge der Rechtsſätze die logiſche Quinteſſenz herauszuziehen und in Fleiſch und Blut aufzunehmen. Dies Vermögen iſt gerade die charakteriſtiſche Eigenſchaft der Jurisprudenz und die beſtändige Betätigung desſelben an den Rechtsſätzen ihre unerläßliche Pflicht.[14a])

14a) Ein helles Schlaglicht auf das im Text Geſagte wirft der Bericht der zu der Abfaſſung des ruſſiſchen Geſetzkodex eingeſetzten Kommiſſion (Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. Saint-Pétersbourg. 1833). Seit dem Geſetzbuch von 1649 waren 35000 Geſetze erlaſſen, von dieſer wüſten Maſſe fehlt aber in den Privatſammlungen, welche bis zu 5000 Rubeln koſteten, ſehr viel, aus einer beſtimmten Periode mehr als die Hälfte, 48 Jahrgänge waren gar nicht darin vertreten. Und doch findet die Kommiſſion den Hauptgrund der Unvollkommenheit des Rechtszuſtandes in der unzureichenden Zahl der Geſetze

Kehren wir nun mit den im bisherigen gewonnenen Reſultaten zu unſerm Ausgangspunkt zurück, ſo hat ſich alſo unſere Kenntnis des Rechtsorganismus dahin erweitert, daß die meiſten Rechtsſätze ſich zu logiſchen Momenten des Rechts und dieſe wieder zu höheren Ordnungen geſtalten, ſo daß von eigentlichen Rechtsſätzen als ſolchen nur ſehr wenig zurückbleibt. Dieſe, wie wir ſie oben nannten, Präzipitierung der Rechtsſätze im Syſtem iſt nicht ein Werk ſubjektiven Beliebens, keine von der Wiſſenſchaft vorgenommene Bearbeitung des Stoffes, ſondern ſie liegt in dem Rechte ſelbſt; indem wir ſie vornehmen und uns von den Rechtsſätzen freimachen, vertauſchen wir eine unvollkommene, äußerliche Betrachtung des Gegenſtandes mit einer innerlichen Auffaſſung desſelben. So wie das Syſtem nichts äußerlich in den Gegenſtand Hineingetragenes iſt, ſondern ſeine eigene Ordnung, ſo iſt auch die ſcheinbar durch die ſyſtematiſche Tätigkeit bewirkte logiſche Gliederung und Transſubſtantiation der Rechtsſätze in der Tat nur das Erkennen der wahren Natur des Rechts. Dem geübten Auge erſcheint das Recht als ein logiſcher Organismus von Rechtsinſtituten und Rechtsbegriffen, dem ungeübten als ein Komplex von Rechtsſätzen; jenes iſt die innere Natur des Rechts, dieſes die dem praktiſchen Leben zugewandte Außenſeite.

Wenn wir nun ſchon hinſichtlich dieſer Außenſeite des Rechts zu dem Satze gekommen ſind, daß die Erkenntnis derſelben mit Schwierigkeiten verbunden und daher oft ſehr mangelhaft iſt, ſo gilt dies von jener logiſchen Struktur des Rechts in einem noch viel höheren Grade. Das unmittelbar praktiſche Bedürfnis führt nur zu der Erkenntnis von *Rechtsſätzen*, es gehört eine beſonders glückliche Naturanlage eines Volkes dazu, wenn es von den *Rechtsſätzen* frühzeitig zur Entdeckung des *Rechtsalphabets* gelangt. Wir werden ſehen, daß darin gerade die

(S. 86)! Erſt wenn der ganze Wuſt beieinander ſei, glaubt ſie einen Aufſchwung der Jurisprudenz in Ausſicht ſtellen zu können (S. 96, 100) — ſicherer wäre es geweſen, das meiſte davon zu verbrennen.

ungewöhnliche Prädeſtination des römiſchen Volks zur Kultur des Rechts ſich manifeſtiert hat. Die hohen Schwierigkeiten dieſer Methode der Behandlung des Rechts wurden aber ſelbſt noch den klaſſiſchen römiſchen Juriſten fühlbar. Omnis definitio in jure civili (Bildung des Begriffs aus dem Material der Rechtsſätze) ſagen ſie,[15]) periculosa est: parum est enim ut non subverti possit; und es kommen Fälle vor, wo ſie ſich für unvermögend erklären, den Begriff genau zu beſtimmen, und darauf dringen, daß man ſich aus dem Leben eine Anſchauung desſelben erwerben müſſe.[16])

Auch hier alſo iſt wieder dem ſpäter Lebenden die Gelegenheit gegeben, die Auffaſſung des Rechts der Vergangenheit von ſeiten der Zeitgenoſſen zu verbeſſern, ſich zum Bewußtſein zu bringen, was ihnen verſchloſſen blieb. Wenn ſie ihm bloß ein Aggregat von Rechtsſätzen überlieferten, ſo ſoll er verſuchen, aus ihnen den logiſchen Organismus des Rechts wieder herzuſtellen; wenn ſie ihm bloß die dem Leben zugewandte Außenſeite des Rechts zeigten, ſoll er bemüht ſein, die innere logiſche Subſtanz desſelben zu entdecken.

Wir ſchreiten jetzt in unſerer Betrachtung des Rechtsorganismus abermals einen Schritt weiter, und zwar iſt es der letzte, den wir zu tun haben. Wenn wir das Recht eines und desſelben Volkes zu verſchiedenen Zeiten betrachten, ſo finden wir, daß die einzelnen Rechtsinſtitute, ſo groß auch immer ihr logiſcher Gegenſatz ſein möge, z. B. das Erbrecht, Obligationenrecht, die

15) L. 202 de R. J. (50. 17)

16) z. B. bei der mora. L. 32 pr. de usuris (22. 1) . . . nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. So wenig aber auch die Begriffsformulierungen der römiſchen Juriſten immer genügen, ſo ſehr lebten doch die Begriffe in ihnen, wie die meiſterhafte Anwendung derſelben zeigt.

Vormundſchaft uſw., dennoch zu einer und derſelben Periode etwas Gemeinſames, wir wollen ſagen, eine gewiſſe Ähnlichkeit in ihrem phyſiognomiſchen Ausdruck haben, ja daß dieſelbe höher, augenfälliger ſein kann, als die Ähnlichkeit eines und desſelben Inſtitutes in ſeinen verſchiedenen Entwicklungsphaſen mit ſich ſelbſt. Es berechtigt uns dies zu dem Schluß, daß in dem geſamten Rechtsorganismus gewiſſe Kräfte tätig ſind, welche den Geiſt, Zuſchnitt, die Richtung der einzelnen Inſtitute beſtimmen. Mit dieſer Gleichheit der treibenden Kräfte verträgt ſich aber wie in der Natur ſo auch in der moraliſchen Welt ſehr wohl eine Verſchiedenheit der Äußerungsform. Daß z. B. die Kultur des römiſchen Rechts einen Aufſchwung nimmt zu derſelben Zeit, wo die römiſche Freiheit zu ſiechen beginnt, iſt äußerlich ebenſo verſchieden, als wenn im Tale die Bäume blühen und auf den Bergen der Schnee ſchmilzt — aber in beiden Fällen war *eine* Urſache wirkſam. Je üppiger die Lebenskraft, um ſo mannigfaltiger die Form ihrer Äußerung, je matter, um ſo ärmer. So können denn auch im Recht dieſelben Kräfte in dem einen Inſtitut eine Beſchränkung, in dem andern eine Erweiterung, dort eine Abſchwächung, hier eine Kräftigung bewirken.

In dieſen treibenden Kräften bewährt ſich erſt recht die Einheit und Individualität des Organismus; wären ſie nicht vorhanden, ſo würde das Recht nur ein Aggregat von einzelnen Inſtituten ſein; ſie repräſentieren uns alſo gewiſſermaßen das Herz des Rechtsorganismus, von dem aus belebend und erwärmend das Blut durch alle Teile ſtrömt und ihnen jenen individuellen Charakter verleiht, an dem man erkennt, daß das Recht dieſem Volke und dieſer Zeit angehört. In jeder Ader fühlen wir bald ſchwächer, bald ſtärker den Pulsſchlag der allgemeinen Ideen, Anſchauungen, Beſtrebungen dieſes Volks und dieſer Zeit, langſam und kaum merklich führen ſie den einzelnen Inſtituten ihren Nahrungsſtoff zu und bewirken, indem ſie ſelbſt dem Wechſel der Zeit ausgeſetzt ſind, damit auch eine entſprechende Veränderung des ganzen Organismus — es iſt das *pſychiſche Moment*

des Rechts, das sich zu der sichtbaren Äußerlichkeit desselben verhält wie die Seele zum Körper. So ist denn der Geist des Volks und der Geist der Zeit auch der Geist des Rechts.

Soviel schwieriger nun die Erkenntnis des Geistes ist als die des Körpers, soviel schwieriger ist die Erforschung dieses psychischen Moments — des Geistes des Rechts — gegenüber der des Körpers des Rechts. Während die Rechtssätze sichtbar auf der Oberfläche liegen, während die Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe durch ihre praktische Anwendung sich fast von selbst dem Bewußtsein aufdrängen, ruhen jene treibenden Kräfte des Rechts im tiefsten Innern, wirken höchst allmählich, durchdringen zwar den ganzen Organismus, aber treten regelmäßig an keinem einzigen Punkte so deutlich hervor, daß man sie notwendigerweise wahrnehmen müßte. Kein praktisches Bedürfnis zwingt dazu, sich ihrer bewußt zu werden, denn sie sind nichts Praktisches, keine Rechtssätze, sondern nur Qualitäten, Charakterzüge der Rechtsinstitute, allgemeine Gedanken, die als solche gar keiner Anwendung fähig sind, sondern nur auf die Gestaltung der praktischen Sätze des Rechts einen bestimmenden Einfluß ausgeübt haben.

So kann es uns denn nicht wundernehmen, daß diese Seite des Rechts sich dem geistigen Auge am spätesten und unvollkommensten erschließt, daß nicht selten gerade diejenigen Tendenzen und Gedanken, an deren Verwirklichung diese Generation arbeitet, ihr selbst verborgen bleiben und erst einem nachfolgenden Geschlecht klar werden. Wenn irgend etwas erst die höhere Natur des Rechts bewahrheiten, zeigen müßte, daß es nicht Menschenwerk, nicht bloßes Produkt der Reflexion ist, so würde man nur auf diese Erscheinung zu verweisen haben. Ein Gesetzgeber, der mit dem vollen Bewußtsein seiner Zwecke und Absichten ein Gesetz erläßt, kann nicht anders als glauben, daß es rein sein Werk sei, nur soviel enthalte, als er habe hineinlegen wollen, und doch schiebt ihm, ohne daß er es ahnt, der Geist der Zeit den Stoff unter, aus dem er es formt, und sein ganzes Tun und Treiben,

deſſen Einheit und Notwendigkeit er ſelbſt nicht begriff, erſcheint dem ſpätern Beobachter als ein völlig abgeſchloſſener einzelner Moment der geſamten Entwicklung des Rechts. Wie die Pflanze, die ſichtbar nichts Äußeres aufnimmt, doch aus der Erde und der Luft ihre ganze Nahrung zieht, ſo erhält auch jedes Recht aus dem Erdreich, in dem es wurzelt, und aus der Atmoſphäre, in der es wächſt, unmerklich die Elemente ſeines Lebens. Während es geſchieht, ſieht unſer ſtumpfes Auge es nicht, aber nachdem es geſchehen, kommen wir durch die Wirkung zur Erkenntnis der Urſache.

Wenn das Geſagte nun ſelbſt für das vorgerückte Lebensalter der Völker gilt, um wieviel mehr für die Kindheitzeit derſelben. Dem Hiſtoriker kann es vielleicht mit leichter Mühe gelingen, für ihr ganzes Ringen und Streben das richtige Wort zu finden, das ihnen ſelber noch ein Geheimnis war. Aus jedem Rechtsinſtitute können gewiſſe nationale Grundanſchauungen uns mit überraſchender Klarheit entgegentreten, deren doch das Volk ſelber ſich niemals bewußt ward, oder deren es ſich nur in Form der Ahnung zu bemächtigen verſtand. Denn das iſt freilich nicht ſelten, daß dieſe unausgeſprochenen Gedanken in der Mythe, der Etymologie, der Symbolik uſw. in geheimnisvoller, verſchleierter Weiſe ſich einen prägnanten Ausdruck verſchafft haben — der Genius des Volks legt mitunter im träumenden Zuſtande ein Selbſtgeſtändnis ab, das wir ihm im wachenden nie entlockt haben würden.

Der Hiſtoriker findet hier alſo ein fruchtbares Feld für ſeine Tätigkeit vor, aber verhehlen wir es uns nicht, zugleich ein ſehr ſchlüpfriges. Je weiter er auf demſelben vorzudringen, je mehr er ſich der Werkſtätte der Geſchichte zu nahen ſucht, um ſo nebelhafter, verſchwimmender werden die Geſtalten, die ihm begegnen, um ſo mehr ſtellen ſich ſtatt der Geiſter, die er verfolgt, Irrlichter ein, die ihn vom wahren Wege abzuleiten drohen. Schon mit manchem, der ausging, den Geiſt einer Sache zu ſuchen, hat dieſer Geiſt ein neckiſches Spiel getrieben, ihn bald hierhin, bald dorthin gelockt und ihm ſtatt ſeiner ein Phantom in die Hände

gespielt, das nur dem Suchenden selbst, aber keinem Dritten als das erscheinen konnte, was es sein sollte. Dadurch sind denn diese Versuche bei vielen in Mißkredit gekommen, und der wissenschaftliche Spießbürger, der nur glaubt, was er mit Händen greifen kann, bleibt seiner Natur nur treu, wenn er in ihnen nichts als ein eitles Spiel der Phantasie erblickt. Es ist begreiflich, daß gerade unter den Juristen eine solche Stimmung verbreitet ist; der ungläubige Thomas, der auch vom Fühlen mehr hielt als vom Sehen, wäre viel geeigneter, ihren Schutzpatron abzugeben als der heilige Ivo.

Während uns nun unsere ganze bisherige Betrachtung stets auf den Satz zurückgeführt hat, daß das Recht selbst nicht zusammenfällt mit dem subjektiven Bewußtsein, und sich uns daraus für die Bearbeitung desselben die Anforderung ergeben hat, auch die latenten Seiten und Teile des Rechts ins Bewußtsein zu bringen, beschränkt sich die herrschende Methode im wesentlichen auf eine *Reproduktion des Dogmas*, d. h. die Wiedergabe der Gesetze, Rechtssätze und Begriffe, welche die geschichtliche Tradition ihr überliefert hat. Ihr beständiger Refrain für das römische Recht ist *Quellenstudium*, und der kühnste Gedanke, dessen sie fähig ist, besteht in der Wiedererweckung der *reinen* römischen Theorie. Wäre es möglich, so würfe sie wohl alles, was nicht direkt im römischen Recht ausgesprochen ist, über Bord und schraubte unsere wissenschaftliche Bildung auf den Standpunkt von Ulpian und Paulus zurück. Aber die Zeiten von Ulpian und Paulus sind für immer vorüber und werden trotz aller Bemühungen nicht wiederkehren. Um sie zurückzuwünschen, muß man vergessen, daß jede Zeit Original und nicht Kopie einer andern sein soll, daß jede Zeit einen und denselben historischen Gegenstand unter dem *ihr* eigentümlichen Gesichtspunkt betrachten darf und muß, und daß auf diese Weise mit jedem neuen Geschlecht neue Seiten des Gegenstandes selber sich enthüllen. Dieser Richtung gegenüber tat es not, unsere Ansicht näher zu begründen

deſſen Einheit und Notwendigkeit er ſelbſt nicht begriff, erſcheint dem ſpätern Beobachter als ein völlig abgeſchloſſener einzelner Moment der geſamten Entwicklung des Rechts. Wie die Pflanze, die ſichtbar nichts Äußeres aufnimmt, doch aus der Erde und der Luft ihre ganze Nahrung zieht, ſo erhält auch jedes Recht aus dem Erdreich, in dem es wurzelt, und aus der Atmoſphäre, in der es wächſt, unmerklich die Elemente ſeines Lebens. Während es geſchieht, ſieht unſer ſtumpfes Auge es nicht, aber nachdem es geſchehen, kommen wir durch die Wirkung zur Erkenntnis der Urſache.

Wenn das Geſagte nun ſelbſt für das vorgerückte Lebensalter der Völker gilt, um wieviel mehr für die Kindheitzeit derſelben. Dem Hiſtoriker kann es vielleicht mit leichter Mühe gelingen, für ihr ganzes Ringen und Streben das richtige Wort zu finden, das ihnen ſelber noch ein Geheimnis war. Aus jedem Rechtsinſtitute können gewiſſe nationale Grundanſchauungen uns mit überraſchender Klarheit entgegentreten, deren doch das Volk ſelber ſich niemals bewußt ward, oder deren es ſich nur in Form der Ahnung zu bemächtigen verſtand. Denn das iſt freilich nicht ſelten, daß dieſe unausgeſprochenen Gedanken in der Mythe, der Etymologie, der Symbolik uſw. in geheimnisvoller, verſchleierter Weiſe ſich einen prägnanten Ausdruck verſchafft haben — der Genius des Volks legt mitunter im träumenden Zuſtande ein Selbſtgeſtändnis ab, das wir ihm im wachenden nie entlockt haben würden.

Der Hiſtoriker findet hier alſo ein fruchtbares Feld für ſeine Tätigkeit vor, aber verhehlen wir es uns nicht, zugleich ein ſehr ſchlüpfriges. Je weiter er auf demſelben vorzudringen, je mehr er ſich der Werkſtätte der Geſchichte zu nahen ſucht, um ſo nebelhafter, verſchwimmender werden die Geſtalten, die ihm begegnen, um ſo mehr ſtellen ſich ſtatt der Geiſter, die er verfolgt, Irrlichter ein, die ihn vom wahren Wege abzuleiten drohen. Schon mit manchem, der ausging, den Geiſt einer Sache zu ſuchen, hat dieſer Geiſt ein neckiſches Spiel getrieben, ihn bald hierhin, bald dorthin gelockt und ihm ſtatt ſeiner ein Phantom in die Hände

gespielt, das nur dem Suchenden selbst, aber keinem Dritten als das erscheinen konnte, was es sein sollte. Dadurch sind denn diese Versuche bei vielen in Mißkredit gekommen, und der wissenschaftliche Spießbürger, der nur glaubt, was er mit Händen greifen kann, bleibt seiner Natur nur treu, wenn er in ihnen nichts als ein eitles Spiel der Phantasie erblickt. Es ist begreiflich, daß gerade unter den Juristen eine solche Stimmung verbreitet ist; der ungläubige Thomas, der auch vom Fühlen mehr hielt als vom Sehen, wäre viel geeigneter, ihren Schutzpatron abzugeben als der heilige Ivo.

Während uns nun unsere ganze bisherige Betrachtung stets auf den Satz zurückgeführt hat, daß das Recht selbst nicht zusammenfällt mit dem subjektiven Bewußtsein, und sich uns daraus für die Bearbeitung desselben die Anforderung ergeben hat, auch die latenten Seiten und Teile des Rechts ins Bewußtsein zu bringen, beschränkt sich die herrschende Methode im wesentlichen auf eine Reproduktion des Dogmas, d. h. die Wiedergabe der Gesetze, Rechtssätze und Begriffe, welche die geschichtliche Tradition ihr überliefert hat. Ihr beständiger Refrain für das römische Recht ist Quellenstudium, und der kühnste Gedanke, dessen sie fähig ist, besteht in der Wiedererweckung der reinen römischen Theorie. Wäre es möglich, so würfe sie wohl alles, was nicht direkt im römischen Recht ausgesprochen ist, über Bord und schraubte unsere wissenschaftliche Bildung auf den Standpunkt von Ulpian und Paulus zurück. Aber die Zeiten von Ulpian und Paulus sind für immer vorüber und werden trotz aller Bemühungen nicht wiederkehren. Um sie zurückzuwünschen, muß man vergessen, daß jede Zeit Original und nicht Kopie einer andern sein soll, daß jede Zeit einen und denselben historischen Gegenstand unter dem ihr eigentümlichen Gesichtspunkt betrachten darf und muß, und daß auf diese Weise mit jedem neuen Geschlecht neue Seiten des Gegenstandes selber sich enthüllen. Dieser Richtung gegenüber tat es not, unsere Ansicht näher zu begründen

und der Bearbeitung des römiſchen Rechts ſowohl der dogmatiſchen als rechtshiſtoriſchen ein höheres Ziel zu ſtecken als das der bloßen Reproduktion des römiſchen Dogmas.

2. Phyſiologiſche Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Funktion desſelben im Leben — Formale Realiſierbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Hiſtorikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit.

IV. Der Zweck der Organe liegt in ihren Funktionen; die Organe ſind vorhanden, damit ſie beſtimmte Verrichtungen ausüben. Dieſem Zwecke gemäß iſt ihre ganze Organiſation geſtaltet. Wie dies vom phyſiſchen Organismus gilt, ſo auch von dem des Rechts. Auch hier führt alſo erſt die Kenntnis der Funktionen des Rechts zum Verſtändnis ſeiner Organe, die Phyſiologie zum wahren Verſtändnis der Anatomie.

Nichts iſt mithin verkehrter, als ein Recht gleich einem philoſophiſchen Syſtem bloß von ſeiten ſeines geiſtigen Gehaltes, ſeiner logiſchen Gliederung und Einheit zu beurteilen. Möge es unter dieſem Geſichtspunkt immerhin als Meiſterſtück erſcheinen, ſo iſt doch damit über ſeinen wahren Wert noch in keiner Weiſe entſchieden; letzterer liegt in ſeinen Funktionen, d. h. in ſeiner praktiſchen Brauchbarkeit. Was nützt es, daß eine Maſchine den Eindruck eines Kunſtwerkes macht, wenn ſie als Maſchine untauglich iſt? Man ſollte nun glauben, daß dieſer funktionellen Seite des Rechts die gebührende Beachtung nie hätte entgehen können. Und doch finden wir nicht ſelten das Gegenteil. In demſelben Maße nämlich, in dem die im vorigen Paragraphen beſprochene Umwandlung des Rechts aus dem niedern Aggregatzuſtand der Rechtsſätze in den höhern der Begriffe (S. 37) vor ſich geht, wird jene funktionelle Seite des Rechts dem Blick entrückt. Die imperativiſche Form der Gebote und Verbote, der Ausdruck „ſo und ſo ſoll es ſein“ erregt faſt notwendig die Frage nach dem „warum“; anders aber, wenn die Rechtsſätze dieſe Form abgeſtreift und ſich in Rechtsbegriffe verwandelt haben.

Hier wendet ſich die Kritik viel eher ihrer logiſchen Prüfung zu als einer Betrachtung ihrer praktiſchen Brauchbarkeit. Ja, es kann der Darſtellende ſich leicht der Täuſchung hingeben, es ſei etwas Hohes und Großes, den Stoff ſo zu verarbeiten, als ſei derſelbe eine Emanation des Begriffes, der Begriff alſo das Urſprüngliche, ſeiner ſelbſt wegen Daſeiende, während doch in der Tat die ganze logiſche Gliederung des Rechts, und ſei ſie noch ſo vollendet, nur das Sekundäre, das Produkt der Zwecke iſt, denen ſie dienen ſoll. Daß die Begriffe ſo und ſo geſtaltet ſind, hat ſeinen Grund eben darin, daß ſie nur in dieſer Geſtalt den Bedürfniſſen des Lebens genügen, und ſehr häufig iſt aus dieſer Rückſicht die freie logiſche Entwicklung derſelben unterbrochen oder gehemmt. Ohne ſolche Eingriffe würde oft der logiſche Kunſtwert des Rechts ein höherer, die praktiſche Brauchbarkeit desſelben aber eine geringere ſein.[18])

Die Funktion des Rechts im allgemeinen beſteht nun darin ſich zu verwirklichen. Was ſich nicht realiſiert, iſt kein Recht, und umgekehrt was dieſe Funktion ausübt, iſt Recht, auch wenn es noch nicht als ſolches anerkannt iſt (Gewohnheitsrecht). Die Wirklichkeit beglaubigt erſt den Text, den das Geſetz oder eine andere Formulierung des Rechts aufſtellt, als wahrhaftes Recht, ſie iſt mithin das einzige ſichere Erkenntnismittel desſelben. Aber ſie iſt mehr, ſie iſt zugleich der Kommentar und die Kritik jenes Textes. Usus longo tempore unus est legum corrector, wie

18) Dieſe Eingriffe des Lebens in die logiſche Entwicklung des Rechts nennen die Römer jus singulare, die Logik des Rechts ſelbſt ratio, auch regula juris z. B. l. 16 de legib. (l. 3) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L. 15 ibid. In his, quae contrarationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Dem jus singulare ſelbſt wird von den römiſchen Juriſten mit Recht die logiſche Produktivität abgeſprochen, damit der Riß im Recht nicht größer werde als nötig. Es gilt alſo zwar ſeinem ganzen Inhalt nach, aber es iſt kein produktives Prinzip, l. 14 ibid.: Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

eine Eigenschaft des Rechts, die durch den Zweck der Verwirklichung desselben geboten ist, bedarf hier einer nähern Ausführung. Ich nenne sie die formale Realisierbarkeit desselben.[19a])

Ich unterscheide nämlich zwischen materieller und formaler Realisierbarkeit eines Rechts und verstehe unter jener die Brauchbarkeit und Angemessenheit der materiellen Bestimmungen des Rechts. Sie ist natürlich durchaus relativ, bedingt durch die oben bezeichneten Beziehungen des Rechts zum Leben, die Anforderungen dieser Zeit, die Eigentümlichkeit dieses Volkes, die Gestalt dieses Lebens. Unter formaler Realisierbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstrakten Rechts auf die konkreten Fälle. Je nachdem diese Operation einen geringeren oder höheren Aufwand geistiger Kraft erfordert, und ihr Resultat sicherer oder unsicherer ist, spreche ich von einer höheren oder geringeren formalen Realisierbarkeit. Es ist aber nicht die Leichtigkeit oder Schwierigkeit des Verständnisses der anzuwendenden Rechtssätze gemeint. Sobald man einen Rechtssatz einmal richtig begriffen hat, ist diese Aufgabe ein für allemal gelöst und wiederholt sich nicht bei jedem einzelnen Fall seiner Anwendung. Die Aufgabe hingegen, von deren Schwierigkeit oder Leichtigkeit hier die Rede ist, betrifft die Anwendung des Rechtssatzes, den Umsatz der abstrakten Regel in konkretes Recht, und sie ist bei jedem einzelnen Fall von neuem zu lösen. Die Anwendung des Rechtssatzes besteht darin, daß das, was er abstrakt hinstellt, konkret ermittelt und ausgedrückt wird, und dies kann sehr leicht, aber auch unendlich schwer sein. Es hängt dabei zwar viel von der Geschicklichkeit und dem richtigen Blick des Anwendenden ab (der juristischen Diagnose), allein die objektive Schwierigkeit oder Leichtigkeit der Anwendung des Rechts-

19a) Ich nehme des Zusammenhanges wegen die folgende Darstellung aus der ersten Auflage unverändert hinüber, obschon sie denselben Gegenstand betrifft, den ich in der Theorie der Technik (B. 2 Abt. 1) unter dem Namen der Praktikabilität des Rechts zum zweitenmal behandelt habe, s. daselbst S. 347 ff.

ſatzes wird durch ihn ſelbſt beſtimmt, dadurch nämlich, ob er ſeine Beſtimmungen an ſchwer oder leicht erkennbare Kriterien angeknüpft hat. Jeder Rechtsſatz knüpft an eine beſtimmte Vorausſetzung („wenn jemand dies und das getan hat") eine beſtimmte Folge („ſo ſoll dies und das eintreten");[20] ihn anwenden heißt alſo 1) unterſuchen, ob die Vorausſetzung im konkreten Fall vorliegt, und 2) die bloß abſtrakt ausgedrückte Folge konkret ausdrücken, z. B. den Schaden, den jemand erſetzen ſoll, in Geld abſchätzen. Nun hängt begreiflicherweiſe ſehr viel davon ab, wie jene Vorausſetzung und Folge lautet. Nehmen wir einmal beiſpielsweiſe die Behandlung der Injurie im ältern und ſpätern römiſchen Recht. In jenem beſtand die Folge der Injurie, d. h. ihre Strafe, in einer beſtimmten Geldſumme (25 As), in dieſem war ſie dem Ermeſſen des Richters überlaſſen. Stand dort einmal feſt, daß eine Injurie begangen war, ſo ergab ſich die Folge (Verurteilung in 25 As) von ſelbſt; hier hingegen bedurfte es zu dem Zweck noch erſt einer genauen Würdigung der individuellen Verhältniſſe dieſes Falles, z. B. der ſozialen Stellung des Beleidigenden und des Beleidigten, der Zeit, des Ortes uſw., und die Feſtſtellung der Strafe mochte dem Richter oft ſehr ſchwer fallen. Hinſichtlich der „Vorausſetzung" liegt ebenſo ſehr auf der Hand, daß, wenn ſie allgemein auf „Ehrenkränkung" geſtellt iſt, die Unterſuchung, ob dieſe Vorausſetzung im konkreten Fall begründet ſei, weit ſchwieriger iſt, als wenn ſie, wie in manchen alten Geſetzen, auf ein beſtimmtes, äußerlich leicht erkennbares Faktum lautet, z. B. „wenn einer den andern geſchlagen, eines Verbrechens beſchuldigt hat" uſw.

---

20) Dieſe Form („wenn — ſo") iſt die einfachſte, deutlichſte und liegt jedem Rechtsſatz zugrunde, wenn ſie gleich äußerlich nicht hervortritt, z. B. „Unmündige, ſollen bis zum 25. Jahr unter Vormundſchaft ſtehen, Bürgſchaften der Frauen ſind ungültig uſw." Die Vorausſetzung iſt hier: wenn jemand noch nicht 25 Jahre alt iſt, wenn eine Bürgſchaft vorgenommen wird, und zwar von einer Frau; die Folge die: ſo ſoll er unter Vormundſchaft ſtehen uſw.

Je allgemeiner und innerlicher die Voraussetzungen und Folgen eines Rechtssatzes bestimmt sind, desto schwieriger die konkrete Ermittelung derselben; je konkreter und äußerlicher, desto leichter. Diese Leichtigkeit der konkreten Erkennbarkeit des Abstrakten ist aber praktisch wichtiger als die logische Vollendung des abstrakten Inhalts. Bestimmungen, die in materieller Beziehung plump zugeschnitten, aber an äußerliche, in concreto leicht zu erkennende Kriterien geknüpft sind, wiegen in praktischer Beziehung Rechtssätze auf, deren geistiger Gehalt und Zuschnitt noch so tadellos ist, bei denen aber die formale Realisierbarkeit außer acht gelassen ist. Denn die Wichtigkeit dieser letzteren Eigenschaft liegt nicht bloß darin, daß die Operation der Anwendung des Rechts *erleichtert* und *vereinfacht* wird, also auch *beschleunigt* werden kann, sondern daß die *gleichmäßige* Verwirklichung des Rechts dadurch *gesichert* wird. Je äußerlicher und in die Augen springender die Merkmale für eine Klassifikation bestimmt sind, um so sicherer die Aussicht, daß jedes Stück richtig klassifiziert wird; je innerlicher, um so mehr steigt die Gefahr der Mißgriffe.

Diese Rücksicht nun auf die *Leichtigkeit* der Anwendung übt auf die logische Entwicklung des Rechts einen bestimmenden Einfluß aus, zwingt die Rechtsbegriffe häufig von ihrer ursprünglichen Reinheit nachzulassen, um eine Gestalt anzunehmen, in der sie praktisch leichter gehandhabt werden können. Was sie nach der einen Seite einbüßen, gewinnen sie reichlich wieder nach der andern. Wir wollen dies an dem Beispiel der privatrechtlichen und politischen Handlungsfähigkeit (Volljährigkeit und Wahlrecht) deutlich machen. Angenommen, ein Gesetzgeber wollte dieselbe normieren und ginge von der Idee aus: volljährig soll derjenige sein, welcher die nötige Einsicht und Charakterfestigkeit besitzt, um seinen Angelegenheiten selbständig vorzustehen, wahlfähig und wählbar derjenige, der die Fähigkeit und den Willen hat, das Beste des Staats zu befördern. So richtig nun diese Idee ist, so verkehrt würde es doch sein, sie in dieser abstrakten Gestalt zum

Geſetz zu erheben. Welche Zeit und Mühe würde verloren gehen, um die Exiſtenz dieſer Vorausſetzungen im konkreten Fall zu ermitteln, welche unerſchöpfliche Quelle von Streitigkeiten würde der Geſetzgeber damit erſchloſſen, wie ſehr damit der Willkür des Richters einen freien Spielraum geöffnet und ſelbſt bei untadelhafter Anwendung ſeines Geſetzes die Klagen über Parteilichkeit provoziert haben! Wie kann er dies alles vermeiden? Er ſtellt ſtatt jener Vorausſetzungen andere auf, die mit demſelben in einem gewiſſen regelmäßigen, wenn auch nicht notwendigen Nexus ſtehen und den Vorzug einer leichteren und ſicherern konkreten Erkennbarkeit voraus haben, alſo z. B. das zurückgelegte 25. Jahr bei der Volljährigkeit, den Beſitz eines gewiſſen Vermögens, die Ausübung gewiſſer Berufsarten uſw. bei der Wahlfähigkeit. Dieſes Ablaſſen von der urſprünglichen legislativen Idee, dieſe Vertauſchung der in abſtrakter Beziehung offenbar richtigeren Vorausſetzung mit einer weniger richtigen und zutreffenden, aber praktiſch leichter erkennbaren Vorausſetzung wird alſo durch den Zweck des Rechts, durch die wünſchenswerte Leichtigkeit und Sicherheit ſeiner Funktionierung geboten. Möge es auch in der Anwendung hie und da zu Mißverſtändniſſen führen, in unſerm Beiſpiel alſo die Volljährigkeit und Wahlfähigkeit in einzelnen Fällen ausgeſchloſſen oder zugelaſſen ſein, wo ſie es der abſtrakten Idee nach nicht ſollte; immer wird jene Behandlungsweiſe vom Standpunkt des Lebens aus den Vorzug verdienen, und dieſer Standpunkt iſt ja für das Recht der allein entſcheidende.

Der Gedanke der formalen Realiſierbarkeit des Rechts iſt alſo ein der logiſchen Innerlichkeit der Rechtsbegriffe fremdes Prinzip, das die freie Entwicklung derſelben vielfach modifiziert und beeinträchtigt. Dieſes Prinzip zwingt dazu, die Innerlichkeit des Begriffes auf die Außenſeite zu verlegen, für die inneren Unterſchiede und Begriffe äußere möglichſt zutreffende Kriterien aufzuſuchen, kurz es führt zur Ausbildung einer juriſtiſchen Symptomatik. Als einzelne Ausflüſſe dieſes Prinzips mögen hier außer der ſoeben beſprochenen Veräußerlichung der „Vor-

aussetzungen" und der damit auf gleicher Linie stehenden Veräußerlichung der „Folgen"[21]) noch genannt werden die Präsumtionen,[22]) die durch Gegenbeweis entkräftet werden können, die Fiktionen, bei denen diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Formen der Rechtsgeschäfte[23] usw.

Der Gedanke, den wir bisher ausgeführt haben, daß das Recht irgend eines Volkes und irgend einer Zeit nicht begriffen und beurteilt werden könne, wenn man es bloß von seiten seiner anatomischen Struktur, als Rechtssystem erforschen und darstellen will, hat etwas so Einleuchtendes, daß man kaum begreift, wie man bei der Behandlung der römischen Rechtsgeschichte, vor allem bei der des Privatrechts diesen Fehler begehen konnte.[24]) Und doch ist dies in hohem Maße der Fall. Die meisten Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte enthalten nichts als eine Geschichte des Dogmas, d. h. der Gesetzgebung und Doktrin, nicht aber eine Darstellung des Rechts, wie es in der Wirklichkeit existierte. Das

---

21) z. B. statt der Zuerkennung des im einzelnen Falle erst zu liquidierenden Interesses die Festsetzung eines Aversionalquantums (im römischen Recht Verzugszinsen, duplum des Wertes der Sache und der Früchte, bestimmte Geldstrafe, sponsio tertiae partis, Übertragung des Besitzes zur Strafe, fructus licitatio usw.).

22) Von unserer heutigen Wissenschaft und Gesetzgebung im Vergleich mit der römischen Jurisprudenz viel zuwenig gefördert; nur unsere Wechselordnung und unser Handelsgesetzbuch machen davon eine rühmliche Ausnahme. Man hält es wohl gar für etwas Verdienstliches, allen nicht im römischen Recht selbst ausgesprochenen Präsumtionen, welche die frühere Praxis in ganz verständiger Weise aufgestellt hatte, den Krieg zu erklären!

23) z. B. beim Testament. Ohne solche Formen würde die Frage, ob und was jemand über seinen Nachlaß verfügt habe, in concreto sehr schwer zu beantworten sein; man könnte in Versuchung kommen, Äußerungen einer Person über ihre beabsichtigte demnächstige Verfügung für eine letztwillige Disposition zu halten.

24) Auf die rechtshistorische Behandlung des römischen Staatsrechts und Kriminalprozesses erstreckt sich mein Vorwurf nicht.

Dogma entbehrt dabei ſeines lebendigen Hintergrundes, es iſt herausgeriſſen aus ſeinem Zuſammenhange mit der tatſächlichen Welt, in der es den Grund und die Vorausſetzungen ſeiner Exiſtenz und damit ſeine Rechtfertigung und ſein Verſtändnis fand. Kein Wunder, daß manche Rechtsinſtitute dadurch eine Geſtalt erhalten, in der ſie einem Unbefangenen als Zerrbilder erſcheinen, bei denen ſich eine Unbegreiflichkeit an die andere reiht.[25]) Einem Hiſtoriker von Fach, der die römiſche Rechtsgeſchichte ſchreiben ſollte, würde dieſer Vorſtoß, den die Romaniſten täglich begehen, völlig unmöglich fallen, und es würde der römiſchen Rechtsgeſchichte ſehr zum Heil gereicht haben — davon bin ich überzeugt —, wenn die Hiſtoriker von Fach ſich ihrer mehr angenommen hätten.[26]) Der Grund liegt auf der Hand. Der Blick des Hiſtorikers iſt von vornherein nicht auf juriſtiſche Abſtraktionen und Formulierungen der Vergangenheit gerichtet, ſondern auf das ſubſtantielle rechtliche und ſittliche Leben derſelben in ſeiner ganzen Totalität, und jene können ihm daher nie iſoliert erſcheinen. Dem Juriſten dagegen iſt es zur zweiten Natur geworden, in den ſubſtantiellen Verhältniſſen nur das rein Juriſtiſche zu bemerken, und ſein Blick iſt daher, auch wenn er das Gebiet der römiſchen Rechtsgeſchichte betritt, ausſchließlich oder vorwiegend auf den dogmatiſchen Inhalt gerichtet. Hierzu kommt noch, daß die Quellen, aus denen er ſein Material entnehmen ſoll, für *ihre* Zeit dogmatiſche Arbeiten waren, und in dieſen findet ſich jener reale Hintergrund, von dem wir ſprachen, aus *dem* Grund natürlich nicht, weil die

25) Ich verweiſe beiſpielsweiſe auf die Darſtellung der römiſchen Gewaltverhältniſſe § 32.

26) An dem kurzen Abriß der römiſchen Rechtsgeſchichte in dem bekannten 44. Kapitel von *Gibbon* habe ich früh dieſe Erfahrung gemacht, ohne mir freilich damals bewußt zu ſein, warum derſelbe auf mich eine unendlich höhere Anziehungskraft ausübte als die damals bereits erſchienenen ausführlicheren, von Juriſten verfaßten Darſtellungen. Bei Gibbon trat mir zum erſtenmal ein zwar kurzes, aber zuſammenhängendes Ganze in lebensvoller Weiſe entgegen, in den letzteren aber ein zerſchnittenes und zerſtückeltes Syſtem von Rechtsſätzen, Geſetzen uſw.

Verfasser derselben für ihre Zeitgenossen und nicht für zukünftige Rechtshistoriker schrieben, die Voraussetzung ihres Verständnisses, nämlich die Anschauung des ganzen römischen Lebens, mithin ihren Lesern nicht erst zu suppeditieren brauchten. Der Stoff, den der Rechtshistoriker hier vorfindet, ist *deduktiver*, nicht *deskriptiver* Art; er ist, ob er auch aus der Zeit von Labeo oder Ulpian stammt, seiner Tendenz nach ebenso dogmatisch, als ob er aus einem heutigen Pandektenkompendium entlehnt wäre. Dieser dogmatische Stoff wird sodann in ein Gefäß geleitet, das wiederum rein dogmatischer Natur ist, in ein System der *Theorie* des Rechts, in dem das Leben mit seinen faktischen Verhältnissen, mit der Sitte und der Sittlichkeit kein Unterkommen finden kann, weil diese Mächte und Verhältnisse eben keine Rechtsbegriffe sind. Und so erhalten wir im Grunde statt der Rechtsgeschichte nichts als *Institutionen- oder Pandektenkompendien der verschiedenen Perioden der römischen Geschichte*, — Darstellungen, die ein Richter aus jener Zeit vielleicht mit Erfolg zu praktischen Zwecken hätte benutzen können, nicht aber ein Jurist der heutigen Zeit, um sich eine Einsicht in das Rechtsleben der Vergangenheit zu verschaffen. Jener würde die Anschauung dieses Rechtslebens mitbringen, und das dogmatische Präparat, das man ihm böte, wäre ihm sofort verständlich, diesem hingegen gewährt dasselbe nicht das, was es sollte: ein Bild des lebendigen Rechts der Vergangenheit, sondern bloß eine *Reproduktion ihrer Theorie*.

Wenn wir im vorigen Paragraphen an die Bearbeitung des römischen Rechts die Anforderung gerichtet haben, daß sie nicht bei der bloßen Formulierung der römischen Theorie stehen bleiben dürfe, so gelangen wir in dem gegenwärtigen Paragraphen zu ganz demselben Resultat. Die *dogmatische* Bearbeitung des Rechts irgend einer Zeit von einem Zeitgenossen darf einem spätern bei seiner *historischen* Darstellung desselben nie als Maßstab oder Vorbild erscheinen, denn sein Vorgänger sagt manches nicht, was er *könnte*, weil es für *seine* Leser überflüssig

ist — dies muß dieser für sein Publikum aus andern historischen Quellen zu ergänzen suchen; und manches kann er nicht sagen, weil es ihm noch entgeht —, dies soll dieser, der den ganzen spätern Verlauf der historischen Entwicklung vor sich hat und ihn eben darum übersieht, nachtragen. Jene Ergänzung hat zur Aufgabe, die Theorie ans Leben anzuknüpfen; diese, sie von innen heraus zu vervollständigen und zu vergeistigen.

II. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen.

Ausscheidungen der unwesentlichen Tatsachen — Der innere Zusammenhang der Tatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chronologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien.

V. Daß das Recht wie alles, was existiert, sich im Laufe der Zeit verändert, ist eine Tatsache, die uns an sich noch nicht berechtigt von einer Geschichte des Rechts zu sprechen. Wenn die Geschichte nichts wäre als ein buntes Spiel von äußern Ereignissen, eine Reihe von Veränderungen, so würde es auch eine Geschichte von Wind und Wetter geben, und eine Rechtsgeschichte würde sich auf den chronologisch geordneten Ausdruck von Gesetzen und Gewohnheitsrechten beschränken können.

Es drängt sich aber schon dem einfachen Verstande die Bemerkung auf, daß nicht alles, was da geschieht, Geschichte ist, und folglich auch die Geschichte nicht bloß darin besteht, daß etwas geschieht, sondern daß es darauf ankommt, was geschieht. Auf der niedrigsten Stufe der Geschichtschreibung vollzieht sich bereits die Scheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen, geschichtlichen und ungeschichtlichen Ereignissen. Wie von seiten des Individuums täglich und stündlich Handlungen vorgenommen werden, die kein Biograph der Mitteilung würdigen wird, so gibt es auch im Leben der Gattung derartige tägliche Verrichtungen, die selbst der genaueste Annalist als völlig ungeschichtliche Fakta zu erwähnen gar nicht für nötig hält.

So sehr aber jene Scheidung zwischen Ereignissen, die der Mitteilung wert und unwert sind, ein absolutes Gesetz jeglicher Geschichtschreibung ist, so ist doch der Maßstab, nach dem sie diese Scheidung vornimmt, ein relativer, wechselnd nach Standpunkt und Zweck. Was dem gleichzeitigen Berichterstatter der Aufbewahrung würdig erscheint, wird vielleicht schon vom Geschichtschreiber der folgenden Generation als wertlose Notiz beiseite geworfen, wogegen er seinerseits wiederum etwas als wesentlich in den Vordergrund rückt, worauf jener als unwesentlich gar kein Gewicht gelegt hatte, und so sichtet jede Zeit immer von neuem den überlieferten Stoff. Ist es aber auf dem Gebiete des Rechts anders als auf jedem andern, ist hier alles, was *geschieht*, auch Geschichte? Gibt es nicht auch Gesetze von solcher historischer Bedeutungslosigkeit, daß sie sich zu der Geschichte des Rechts verhalten wie die gewöhnlichen Lebensverrichtungen eines Individuums zu dessen Lebensgeschichte? Sollte wohl ein künftiger Geschichtschreiber unserer jetzigen Zeit die Ehre erzeigen, alle ihre Gesetze über Stempeltaxen, Verjährungsfristen usw. aufzuzählen? Diese Gesetze mögen immerhin für die Gegenwart sehr wichtig sein, so wie das Essen, Trinken, Schlafen usw. für das Individuum, aber was hat der Historiker damit zu tun! Die subjektive Willkür, die man darin finden könnte, daß der Darstellende auswählt, was ihm bedeutend erscheint, ist keine andere als die jeder, der uns den geringsten Vorfall erzählen will, ausüben muß; der Blick für das Wesentliche ist eben eine unerläßliche Eigenschaft eines jeden Referenten. Wer aus falscher Gründlichkeit alles mitteilen will, was er in den Akten findet, sollte lieber letztere wörtlich vorlesen, d. h. gar nicht referieren, und ein Rechtshistoriker, der sich nicht entschließen kann, rechtshistorische Notizen, die er gefunden, dem Leser vorzuenthalten, hätte statt Geschichtschreiber Abschreiber werden müssen.[27])

---

27) Dem Kundigen wird es nicht unbekannt sein, daß die römische Rechtsgeschichte in manchen neuern Darstellungen sich dazu hergeben muß

Verfolgen wir die Aufgabe der Geschichtschreibung weiter. Die Geschichte besteht nicht aus einzelnen wichtigen Ereignissen, sondern das Wesentliche ist der Zusammenhang derselben, die Einheit der Entwicklung. Wie nun bereits auf der niedersten Stufe der Geschichtschreibung das historische Unterscheidungsvermögen, die Empfänglichkeit für den Unterschied geschichtlicher und ungeschichtlicher Tatsachen in seinem ersten schwachen Keime sich zeigt, so gilt ganz dasselbe auch von dem Sinn für den historischen Zusammenhang. Denn die Tatsache, an der dieser Sinn sich betätigen soll, drängt sich fast ebenso notwendig der Wahrnehmung auf als jene, daß nicht alles, was geschieht, geschichtlich ist. Man bemerkt bald, daß gewisse der Mitteilung für würdig geachtete Fakta, ungeachtet sie der Zeit nach weit auseinander liegen, dennoch sachlich im innigsten Zusammenhange miteinander stehen, andere hingegen, ungeachtet sie in demselben Zeitmoment zusammentreffen, dennoch jeder innern Beziehung entbehren, m. a. W. daß die innere

---

eine Vorratskammer zu sein, in der das völlig Wertlose neben dem Wertvollen mit gleicher Sorgsamkeit aufbewahrt wird. Der Grund, warum die besprochene erste und natürlichste Anforderung an die Geschichtschreibung gerade von den Rechtshistorikern weniger beachtet wird, scheint mir darin zu liegen, daß letztere sich nicht mit völliger wissenschaftlicher Freiheit ihrer Aufgabe hingeben, die Geschichte des Rechts nicht ihrer elbst willen darstellen, sondern eines anderen Zwecks wegen. Die Rechtsgeschichte soll den Schlüssel zur Dogmatik abgeben, das ist der Unstern, der über ihr schwebt. Neben das historische Interesse, das auf ihrem Gebiet allein berechtigt ist, tritt hier das ihr an sich fremde praktisch-dogmatische, und sie selbst erliegt diesem Konflikt beider Interessen. Was der Historiker als völlig unwesentlich ausscheiden müßte, läßt der Dogmatiker als exegetisches Hilfsmittel sich nicht nehmen und bringt es, da es einmal eine historische Notiz ist, in die Rechtsgeschichte. Wenn das römische Recht gar nicht bei uns gälte, so würden unsere Rechtsgeschichten lediglich dem historischen Interesse dienen können und folglich besser sein als jetzt, wo sie von vielen im Grunde nur als historische Vorratskammern für die Pandekten betrachtet werden. Das praktische Interesse irgend eines Teiles oder Abschnittes der Geschichte erschwert sehr die ungetrübte Verfolgung des historischen Gesichtspunktes — das Unpraktische eignet sich am besten zur historischen Darstellung.

Verwandtschaft und Zusammengehörigkeit der Tatsachen ein wesentlicheres Moment ist als die äußere Verbindung derselben durch die Zeit. In der Tat verfolgt denn auch jede Geschichtschreibung mehr oder weniger bewußt dieses Ziel, den sachlichen Zusammenhang der Tatsachen aufzudecken. Von dem ersten rohen Versuch, diese Verbindung in Form eines äußerlichen Kausalnexus herzustellen, bis zu dem verwegenen Übermut, die ganze geschichtliche Bewegung dialektisch zu konstruieren, streckt sich ein langer Weg, aber allen, die denselben wandeln, ist wenigstens die Idee gemeinsam, daß die Geschichte in einem nicht bloß durch das Moment der Zeit bewerkstelligten Aneinanderreihen sachlich geschiedener Ereignisse besteht, sondern daß eine innere Verbindung unter ihnen stattfindet. Diese Verbindung ist aber nicht die einer Kette, sondern die Einheit, Planmäßigkeit eines vollendeten Kunstwerks. Die Gedanken, die sich in der Geschichte entfalten, und in denen die Fülle der Erscheinungen ihre Einheit findet, fügen sich selbst wieder zu einem harmonischen Ganzen zusammen, nicht freilich als ein sich aus sich selbst bewegendes perpetuum Mobile der Dialektik, sondern als eine freie Tat Gottes und der Menschheit.

Hat nun auch das Recht eine Geschichte, oder ist es ein von Gott verlassenes Spiel der Willkür, ein Auf- und Abwogen von Veränderungen? Man möchte zweifelhaft werden, wenn man seinen Blick auf so manche geschichtliche Periode wendet, in denen das Recht den Launen eines Individuums preisgegeben zu sein und regellos wie Wind und Wetter sich zu verändern scheint, oder auf Zeiten politischer Katastrophen, in denen das Recht der Leidenschaft der Parteien dient, als Waffe in der Hand des Siegers, und mit den Parteien wechselt. Und dennoch, trotz aller menschlicher Willkür, hat das Recht eine Geschichte, und die lenkende Hand Gottes ist in ihr, nur tritt dieselbe nicht immer so erkennbar hervor, wie in der Natur. Man lehrt uns, Gott zu erkennen in der Blume und dem Baume, man weist uns auf die Gestirne, um in der Unermeßlichkeit ihrer Zahl und in den

Geſetzen ihrer Bewegung das erhabenſte Beiſpiel göttlicher Allmacht zu finden. Aber ſo hoch der Geiſt ſteht über der Materie, ſo hoch ſteht auch die Ordnung und Majeſtät der geiſtigen Welt über der der ſubſtantiellen. Wunderbarer als die Bewegung der Weltkörper im Raum iſt die Bewegung der ſittlichen Gedanken in der Zeit, denn ſie gehen nicht unangefochten einher wie die Geſtirne, ſondern ſie ſtoßen bei jedem Schritt auf den Widerſtand, den menſchlicher Eigenſinn und Unverſtand und alle böſen Gewalten des menſchlichen Herzens ihnen entgegenſetzen. Wenn ſie dennoch ſich verwirklichen im bunten Gewirre widerſtrebender Kräfte, wenn das ſittliche Planetenſyſtem mit derſelben Ordnung und Harmonie ſich bewegt wie das Planetenſyſtem des Himmels, ſo liegt darin ein glänzenderer Beweis der göttlichen Weltleitung als in allem, was man der äußeren Natur entnehmen kann. Man hat von der Poeſie im Recht geſprochen und darunter die Äußerung der ſinnigen, gemütlichen Auffaſſung verſtanden, wie ſie auf dem Gebiete des Rechts in ſo manchen Formen ſich kund gibt. Aber dies iſt eine Poeſie untergeordneter Art, die im Recht nur eine kümmerliche Rolle ſpielt, die wahre Poeſie des Rechts liegt in der Erhabenheit ſeines Problems und in ſeiner an Majeſtät und Geſetzmäßigkeit dem Laufe der Geſtirne vergleichbaren Bewegung. Dieſe Poeſie der Ordnung und Gedankenmäßigkeit der Rechtsentwicklung uns vor Augen zu führen, iſt eben das römiſche Recht wie kein anderes geeignet; in meinen Augen iſt die Geſchichte dieſes Rechts ein unübertroffenes Kunſtwerk, in dem die höchſte Einfachheit und Einheit mit der reichſten Fülle der Entwicklung ſich paart.

Zu dieſem Ausſpruche bilden freilich die meiſten Darſtellungen der römiſchen Rechtsgeſchichte einen ſchneidenden Kontraſt. Statt die Einheit in der hiſtoriſchen Bewegung ſämtlicher Inſtitute nachzuweiſen, führen ſie uns nur eine Reihe von Veränderungen vor, die nichts miteinander gemein zu haben ſcheinen, zerreißen den Stoff in innere und äußere Rechtsgeſchichte, von denen ſie letztere nach Perioden darſtellen (ſogenannte ſynchroniſtiſche

Methode), erstere nicht (sog. chronologische Methode), womit sie also von vornherein die Einheit und Totalität der Bewegung in der Geschichte des Rechts negieren. Der Grund, mit dem sie dies Verfahren zu rechtfertigen suchen, daß die einzelnen Institute sich nicht gleichmäßig entwickelt hätten, daß sich für alle nicht dieselben Perioden aufstellen ließen, bedeutet nichts anderes als: die Rechtsinstitute haben eine Geschichte, nicht aber das Recht als Ganzes.[28]) Die berühmte Rechtsgeschichte von Hugo faßt zwar die innere und äußere Rechtsgeschichte zusammen und behandelt beide in denselben Perioden, aber die Verbindung beider wie die Perioden selbst sind der alleräußerlichsten Art, und das Zerstücklungssystem ist gerade in ihr auf die höchste Spitze getrieben.[29])

---

28) Die Frage, ob diese Behandlung sich nicht beim akademischen Vortrag aus methodologischen Gründen rechtfertigen lasse, möge hier dahingestellt bleiben, jedenfalls steht die Literatur nicht ausschließlich im Dienst des akademischen Unterrichts.

29) Hugos Perioden sind nichts als Stationen, auf denen die einzelnen Institute sich ausruhen, um, wenn alle sich eingefunden, sich jedes für sich allein wieder auf den Weg zu machen. Kein Institut bekümmert sich um das andere, sie haben nur das miteinander gemein, daß sie bei derselben Station einkehren müssen. Manche würden gern früher einen Ruhepunkt machen, andere umgekehrt, da sie gerade in bester Bewegung sind, noch etwas über die Station hinausgehen, aber beides wird nicht verstattet, sie müssen ausruhen, wo Hugo es ihnen befohlen hat. Dafür rühmt aber Hugo seinen Perioden einen Vorzug nach, den man auch bei Poststationen möglichst zu erstreben sucht, nämlich daß sie gleich lang seien, und sucht den Leser durch die Bemerkung zu gewinnen, daß es „beinahe nur zur Bequemlichkeit des Lesers (und etwa dazu, einzelne Begebenheiten recht auszuheben) dient, wenn Abschnitte gemacht werden, wie viele und welche es sind". Es scheint dem die Idee zugrunde zu liegen, daß die Kräfte eines schwachen Menschenkindes nicht ausreichen, um mit der Geschichte, die, ohne zu ermüden, ihren Lauf ununterbrochen fortsetzt, gleichen Schritt zu halten. Hiernach würde es also ganz auf das Maß der Kräfte ankommen, das der Leser mitbringt, und man würde, wenn es sich fragte, ob man ihn lieber bei Cicero oder Augustus, lieber bei Alexander Sever oder Constantin einkehren lassen sollte, noch seine spezielle Vorliebe für die eine oder die andere dieser Persönlichkeiten berücksichtigen können.

Dieser Hugoschen Willkür und seinem Zerstücklungssystem gegenüber

Iſt es denn wahr, daß die einzelnen Inſtitute ſich nicht gleichmäßig entwickeln? Wäre es möglich, daß das eine Inſtitut dieſem, das andere jenem Gedanken diente, oder, wenn dieſelben Gedanken ſich auch bei allen Inſtituten wiederholten, daß ſie bei dieſem in dieſer, bei jenem in gerade entgegengeſetzter Reihenfolge aufträten? Dann würde freilich von einer Geſchichte des Rechts keine Rede ſein können, denn wo jeder einzelne Teil ſich *ſelbſtändig* bewegt, gibt es kein Ganzes, keine Einheit.

Damit alſo von einer Geſchichte des Rechts geredet werden könne, wird eine gewiſſe Gleichmäßigkeit und Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Inſtitute notwendig vorausgeſetzt. Dieſe Vorausſetzung iſt in der Tat vorhanden, es kommt aber nur darauf an, ſich durch den Schein des Gegenteils nicht irre machen zu laſſen. Wenn man ſie nicht aufzufinden vermag, ſo liegt dies nur darin, daß man ſie ſelbſt zu mechaniſch nimmt, nicht die *innere* Gleichheit der treibenden Kräfte, ſondern die *äußere* der Erſcheinungsformen ins Auge faßt, die Gleichzeitigkeit aber nach einem für das Recht zu engen Zeitmaß beſtimmt.

Betrachten wir beide Punkte etwas näher, und zwar zuerſt die *Gleichartigkeit der hiſtoriſchen Bewegung*.

Niemand wird Bedenken tragen von einer Erkrankung oder totalen Umgeſtaltung eines Organismus zu ſprechen, ungeachtet dieſelbe an einzelnen unedlen Teilen nicht hervortritt. Wenn wir nun im Recht von einer totalen Neubildung ſeines Organismus ſprechen, ſo wird kein Verſtändiger die Anforderung an uns ſtellen, daß wir dieſelbe an jedem Atom desſelben nachweiſen ſollen. Die Grundgedanken, die jene Neubildung hervorgerufen haben, werden ſich in manchen Partikeln des Rechts nicht äußern *können*, indem letztere auf ſie gar nicht *reagieren*.

---

verdient die herrſchende Methode, die jedes Inſtitut den ganzen Weg zwar für ſich allein, aber doch ohne Unterbrechung zurücklegen läßt, offenbar noch den Vorzug; ſie gibt, wenn auch keine Geſchichte des Rechts, doch wenigſtens die der einzelnen Rechtsinſtitute.

An dieser Beobachtung nun, daß nicht an jedem einzelnen Punkte des Rechts sich dieselbe Erscheinung wiederholt, würde auch die römische Rechtsgeschichte nie Anstoß genommen haben. Die einzige Beschränktheit, die ihr gefährlich wurde, betrifft die Erkenntnis der Gleichartigkeit in der Umgestaltung der einzelnen Institute. Diese Gleichartigkeit ist in den wenigsten Fällen eine mechanische, augenfällige; ich darf eine obige Bemerkung (S. 44) wiederholen, daß Gleichheit der Äußerung das Zeichen der Schwäche ist, die Kraft aber sich in der Mannigfaltigkeit der Äußerungsformen bewährt. Auch im Recht kleidet nur der Winter sich in eine Farbe, die andern Jahreszeiten aber in sehr verschiedene.

Diese Mannigfaltigkeit der Äußerungsformen wird aber der Erkenntnis der inneren Gleichartigkeit nicht selten gefährlich. Der Proteus der Geschichte taucht im Wellenspiel der historischen Erscheinung bald hier, bald dort in veränderter Gestalt auf und sucht uns durch den Wechsel dieser Gestalt zu täuschen. Dieser Gefahr zu entgehen, müssen wir uns eben nicht an das Trugbild der Erscheinung halten, letztere nicht mit denjenigen Gedanken messen, die obenauf schwimmen, sondern mit denen, die ihren Kern, ihr Wesen ausmachen.[29a]) Um letztere aufzufinden, ist eine gewisse Weite der Abstraktion, ein Zurücksteigen von den durch die Individualität der Institute tingierten und daher scheinbar verschiedenen nächsten Gedanken zu ihrem gemeinsamen abstrakteren Einheitspunkt erforderlich. Um ein Beispiel aus unserer späteren Darstellung zu geben, so sind gewiß die Einführung des Formularprozesses, die Privilegien der Soldaten, Frauen usw., die Kondemnation auf das Interesse statt auf den objektiven Wert der Sache, die Berücksichtigung der absentia, die actio injuriarum aestimatoria usw. äußerlich sehr verschieden, sie

29a) Eine ähnliche Bemerkung macht schon Varro de L. L. XI, 92: Similia non solum a facie dici, sed etiam ab aliqua conjuncta vi ac potestate, quae et oculis et auribus latere soleant.

finden aber ihre Vereinigung in dem Gedanken der individualiſierenden Tendenz des ſpäteren römiſchen Rechts. Ebenſo hat die grammatiſche Interpretation der ältern römiſchen Jurisprudenz auf den erſten Blick nichts Gemeinſames mit der Präponderanz der Sache und der phyſiſchen Gewalt im älteren Recht, und doch laſſen auch ſie ſich auf denſelben Geſichtspunkt des Übergewichts der Äußerlichkeit zurückführen (II § 42, 43).

Wenden wir uns jetzt zweitens der *Gleichzeitigkeit der hiſtoriſchen Bewegung* zu, ſo iſt das Maß der Zeit, mit dem man dauernde Zuſtände oder vorübergehende Ereigniſſe zu meſſen hat, bekanntlich ein ſehr relatives, indem es ſich nach der Länge oder Kürze der Zeit richtet, die der zu meſſende Gegenſtand einnimmt. Hiernach kann eine Minute bereits ein zu weites, ein Jahrhundert ein zu enges Maß ſein. In der politiſchen Geſchichte ſind wir gewohnt, nach Jahren zu rechnen, und wir übertragen dies Maß auf die Rechtsgeſchichte, ohne die Frage aufzuwerfen, ob es ihr entſpricht. Wir werden unten zeigen, daß dieſe Frage verneint werden muß, daß die Rechtsgeſchichte ein ungleich weiteres Maß erfordert als die politiſche Geſchichte; hier betrachten wir dieſen Fehler nur in ſeiner Anwendung auf die poſtulierte Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Inſtitute.

Mißt man dieſelbe nach Jahren, ſo wird ſie faſt nie vorhanden ſein, und zwar nicht bloß wegen der Langſamkeit der Entwicklung des Rechts im allgemeinen, ſondern wegen der verſchiedenen Bildſamkeit, Beweglichkeit der einzelnen Inſtitute. Manche derſelben zeichnen ſich durch Schwerfälligkeit und Tenazität, andere durch Beweglichkeit und Bildſamkeit aus, und derſelbe Entwicklungsprozeß, der bei letzteren ſich leicht und mühelos vollzieht und in *einem* Jahrhundert beendet iſt, dehnt ſich dort in mühſamer Arbeit über mehrere Jahrhunderte aus.

So ſtehen z. B. das öffentliche und das Privatrecht, der Kriminalprozeß und Zivilprozeß und im Privatrecht die einzelnen Inſtitute desſelben in dieſer Beziehung nicht auf derſelben Stufe. Das Familienrecht und auch, inſoweit es mit dieſem

zusammenhängt, das Erbrecht sind langsamer und weniger bildsam als das Vermögensrecht, und letzteres zeigt wiederum bei unbeweglichen Sachen eine größere Hartnäckigkeit als bei beweglichen, und hinsichtlich der letzteren tritt bei den dem Handelsverkehr angehörigen Verhältnissen die höchste Steigerung der Bildungsfähigkeit hervor.[29b])

Wenn also ein und derselbe Entwicklungsprozeß auch gleichzeitig bei allen Instituten begänne, so würde doch der fernere Fortgang desselben durch diese verschiedene Empfänglichkeit derselben bestimmt sein, und je nach dieser Verschiedenheit könnte er bei dem einen vielleicht bereits beendet sein, während er bei dem andern erst zur vollen Höhe gelangte. Aus dem langen Zeitraum von den XII Tafeln bis zu Justinian läßt sich daher kein Jahr, ja nicht einmal ein Abschnitt von 50 oder 100 Jahren als Normalpunkt für alle Institute herausheben; für einige derselben zutreffend, ist er für andere zu früh, für andere zu spät.

Aber was folgt hieraus? Nicht der Mangel der Gleichzeitigkeit, sondern nur das Bedürfnis einer weiteren Fassung derselben. Wie die von uns gesuchte Identität der Bewegung in den einzelnen Instituten hinsichtlich ihrer Erscheinungsform eine große Elastizität besitzt, so auch hinsichtlich ihrer Erscheinungszeit, und es kommt, um beide zu finden, nur auf den richtigen Maßstab an. Die folgende Ausführung wird diese freiere Behandlung der Zeit für die Geschichte des Rechts in einem noch weiteren Umfange begründen; begnügen wir uns hier zunächst mit dem Resultat, daß bei richtiger Wahl der Gesichtspunkte die von unsern Rechtshistorikern bezeichnete Konformität in der Entwicklung der einzelnen Institute sich allerdings auffinden läßt.

Diese Konformität in der Bewegung der einzelnen Teile wird nun zwar vorausgesetzt, damit von einer Geschichte der

29b) Einen Beleg dafür aus der Geschichte des russischen Rechts s. in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes XII. S. 74.

Totalität des Rechts die Rede ſein könne, allein ſie fällt mit letzterer nicht zuſammen. Die Bewegung ſämtlicher einzelner Inſtitute könnte ja eine planloſe, ein regelloſes Spiel gleichmäßiger Veränderungen derſelben ſein, und dann wäre von einer Geſchichte des Rechts keine Rede. Es genügt alſo, nicht nachzuweiſen, daß die einzelnen Inſtitute gleichzeitig dieſelben Entwicklungsſtadien zurücklegen, ſondern daß auch die Reihenfolge ihrer verſchiedenen Phaſen eine innerlich zuſammenhängende iſt, die Geſchichte des Rechts ſowohl vom Standpunkt eines einzelnen gegebenen Zeitmoments als vom Standpunkt ihres ganzen ſukzeſſiven Verlaufs den Eindruck der Einheit gewährt, ich möchte ſagen: die Einheit ſowohl im Nebeneinander als Hintereinander, in die Breite wie in die Länge ſtattfindet.

Daß nun in der Geſchichte des Rechts eine ſolche ſukzeſſive Einheit vorhanden iſt, dürfen wir ſchon von vornherein annehmen. Da nämlich die Individualität eines Volkes nicht heute ſo, morgen ſo iſt, und ebenſo das äußere Leben und der Verkehr desſelben ſich nicht ſprungweiſe und launenhaft entwickelt, ſo kann dasſelbe ebenſowenig mit der korreſpondierenden Bewegung des Rechts der Fall ſein. Findet dort eine Einheit der Entwicklung ſtatt, ſo wird ſie auch hier ſich wiederholen müſſen. So leicht ſich aber dieſe Einheit von vornherein deduzieren läßt, ſo ſchwierig ſcheint es doch zu ſein, ſie an einem beſtimmten einzelnen Recht nachzuweiſen. Eine Anleitung dazu läßt ſich natürlich nicht erteilen, aber ich will wenigſtens negativ verſuchen, ein Hindernis aus dem Wege zu räumen, das ſehr nachteilig gewirkt zu haben ſcheint. Das iſt der ungebührliche Einfluß, den man hier dem Moment der Zeit zu verſtatten pflegt. Ich kann an die obige Bemerkung anknüpfen, daß die innere Verbindung der Tatſachen weſentlicher iſt als die äußere Verbindung durch die Zeit. Dieſe Bemerkung hat für die Geſchichte des Rechts eine geſteigerte Bedeutung; das Moment der Zeit tritt hier in einem weit höheren Grade zurück, als in der politiſchen Geſchichte. Wir wollen im folgenden

die Bedeutung des Moments der Zeit für die Geschichte des Rechts

sowie die Konsequenzen, die sich daraus für die rechtshistorische Darstellung ergeben, näher entwickeln.

Diese Bedeutung besteht zunächst darin, daß die Geschichte auf diesem Gebiete außerordentlich langsam arbeitet, bei geringer Produktion ungemein viel Zeit gebraucht. Gesetze können freilich in kurzer Zeit viele erlassen werden, aber nicht jedes Gesetz betrachte ich als ein geschichtliches Ereignis. Die Gesetze können sich drängen wie die Wolken bei bewegtem Himmel, aber wenn sie ebenso wie letztere rasch vorüberziehen und keine Spur zurücklassen, so rechne ich sie nicht zu den Produktionen, von denen ich hier spreche, sondern zu dem Abfall, den Spänen, die davon fliegen, wenn die Geschichte arbeitet. Die Produktivität der Geschichte des Rechts hat die Entwicklung des Rechtsorganismus zum Gegenstande und bewährt sich nicht daran, was derselbe konsumiert, sondern was er verdaut. Diese Arbeit geht sehr langsam vonstatten und liefert vielleicht in einem Jahrtausend nicht so viel als die politische, Kunst- und Literaturgeschichte in einem Jahrhundert. Selten sind für das Recht die Fälle, wo dasselbe unter dem Einflusse plötzlicher gewaltsamer Impulse in rasche Bewegung gerät und, ich möchte sagen, auf dem Wege vulkanischer Bildung neue fertige Schichten aus sich heraustreibt; auch wird hier dem plötzlichen Ausbruch eine lange Zeit der Vorbereitung vorangegangen sein. Die Regel ist die, daß diese Schichten durch höchst allmählichen und unmerklichen Niederschlag der Atome sich ansetzen und ablagern, so daß die Bildung einer neuen Formation viele Jahrhunderte erfordern kann.[30]) Der

30) Am meisten Ähnlichkeit hat auch in dieser Beziehung mit dem Recht die Sprache. Die Verschiedenheit des Nationalcharakters bewirkt auch hier eine große Abstufung der Bildsamkeit, wofür beispielsweise auf „die größere Tenazität des Dorismus am Alten und die versatilere Volubilität der Mundarten Jonischen Stammes“ verwiesen werden mag.

Grund dieser ungewöhnlichen Schwerfälligkeit des Rechts ist leicht zu finden; es ist derselbe, warum die Entwicklung des Charakters langsamer, mühsamer vonstatten geht als die intellektuelle Ausbildung. Der Charakter eines Individuums und ein Recht — letzteres ist ja der Charakter eines Volksindividuums —, die sich beständig ändern, die nach Art der intellektuellen Tätigkeit in beständiger Bewegung und Arbeit begriffen sind, taugen beide nicht viel. Eine gewisse Stetigkeit und Hartnäckigkeit ist bei beiden das Zeichen der Gesundheit und Kraft. Wenn jede Generation das von der Vergangenheit ererbte Recht als „eine ewige Krankheit" von sich stoßen und dafür das Recht, „das mit uns geboren", an die Stelle setzen wollte, so würde die sittliche Kraft des Rechts über die Gemüter rasch abnehmen und das Recht, im ewigen Rollen begriffen, dem Abgrunde entgegeneilen. Je leichter, rascher und häufiger in einem Staat das Recht produziert, desto geringer seine moralische Kraft;[31] je seltner diese Produktionen, je länger der Zwischenraum zwischen der Empfängnis und der Geburt, je schmerzhafter die Geburtswehen, desto fester und kräftiger das Produkt. Darum kann das Recht nur bei einem willenskräftigen Volk gedeihen, denn nur bei einem solchen Volk ist die konservative wie progressive Kraft in dem Maße ausgebildet, daß das Recht langsam und sicher fortschreitet. Als Beispiel nenne ich das ältere Rom und England; für das gegenüberstehende Extrem einer Eintagsfliegen-Fruchtbarkeit braucht man leider weniger nach Beispielen zu suchen.

Diese eben entwickelte Schwerfälligkeit und Langsamkeit des Rechts läßt sich mit andern Worten auch so ausdrücken: das Recht bedarf zu seinen Produktionen langer Zeiträume. Wir stellen dem nun gegenüber eine zweite Eigentümlichkeit der Beziehung der Zeit zur Rechtsgeschichte, nämlich die Unbestimmtheit

31) Der bekannte Satz von Tacitus: perditissima republica plurimae leges. Auch bei Individuen ist ja die Fruchtbarkeit an guten Vorsätzen ein Zeichen von Charakterschwäche.

und Unsicherheit des Zeitpunktes. Dieselbe hängt mit der Länge der Zeiträume nicht notwendig zusammen; letztere kann mit scharfer Bestimmung der Zeitpunkte und umgekehrt die Kürze der Zeiträume mit Unbestimmtheit jener verbunden sein.

Der Erlaß eines Gesetzes läßt sich nach Tag und Stunde bestimmen, und wäre die Geschichte des Rechts nichts als eine Geschichte der Gesetze, so würde hier für manche Zeiten die äußerste chronologische Genauigkeit herrschen können. Aber so wichtig es stets in praktischer Beziehung ist, von welchem Zeitmoment an ein Gesetz gilt, so wenig ist dies in historischer Beziehung der Fall. Als einziger äußerer Anhaltspunkt mag uns auch hier das Datum des Gesetzes brauchbar sein, aber überschätzen wir nicht den Wert desselben. Nichts wäre irriger als zu glauben, daß die Geburtsstunde der in dem Gesetz aufgestellten Rechtsgrundsätze mit jenem Augenblick zusammenträfe. Beide können vielmehr weit auseinanderfallen; wir erinnern an unsere Ausführung über die Formulierung der Rechtssätze. Längst bevor das Gesetz einen Rechtsgrundsatz sanktionierte, kann derselbe bereits im Leben gegolten haben, und es ist Zufall, daß er gerade jetzt, nicht früher und später ausgesprochen wird. Wie verkehrt wäre es hier, die Entstehung jenes Grundsatzes nach dem Tage des Gesetzes zu datieren.

Aber selbst dieser äußere Anhaltspunkt des Publikationstages der Gesetze fehlt häufig. Wie manches wichtige Gesetz tritt in der römischen Rechtsgeschichte auf, von dem uns nicht einmal das Jahrhundert, in das es fiel, aufbewahrt worden ist. Und wie vieles bildet sich auf dem Boden des Rechts, ohne nur einmal in einem Gesetze erwähnt zu werden. Was die schöpferische Kraft des Lebens oder die Praxis der Gerichte auf gewohnheitsrechtlichem Wege zutage fördert, was die Wissenschaft allmählich in Umlauf setzt und in Aufnahme bringt, dafür läßt sich kein Datum angeben. Oder sollten wir es danach datieren, wann es zuerst in unsern Quellen erwähnt wird, das Jahr, in dem es in der uns erhaltenen Literatur auftaucht, und das vielleicht das funfzigste

oder hundertste seiner Existenz ist, für das erste derselben halten? Die glänzenden Taten einzelner Individuen, Schlachten und merkwürdige Vorfälle und ebenso auch die wichtigen Gesetze werden sorgfältig berichtet, weil sie äußerlich in die Augen und der Zeit nach in ein bestimmtes Jahr fallen, und kein Annalist, der dieses Jahr vor sich hat, wird sie übergehen; hingegen die allmähliche und unmerkliche Bildung des Rechts aus dem Leben heraus entzieht sich leicht dem Auge und erhält selten einen so eklatanten, in einen bestimmten Zeitmoment fallenden Abschluß, daß derselbe als ein Ereignis dieses bestimmten Jahres aufgezeichnet werden müßte. So schleicht sich der auf diesem Wege gebildete Rechtssatz, eben weil seine Bildung nicht mit Geräusch verbunden ist und nicht in ein einzelnes Jahr fällt, unbeachtet durch manches Jahr dahin, bis ein Zufall ihm die erste schriftliche Aufzeichnung verschafft, die aber wiederum ein anderer Zufall der Nachwelt vorenthalten kann. Bei der Betrachtung des Rechtsorganismus (§ 3) fanden wir eine dreiteilige Gliederung desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, psychische Organisation desselben, und im allgemeinen möchte die chronologische Bestimmtheit in derselben Weise abnehmen, wie wir in jener Gliederung vom Speziellen zum Allgemeineren aufsteigen. Ein Rechtssatz wird zu seiner Bildung kürzere Zeit gebrauchen als ein Rechtsbegriff, ein Rechtsbegriff kürzere Zeit als ein Umschwung in der Rechtsanschauung. Für diejenigen Perioden der Geschichte, in denen die Bildung der Rechtssätze vorzugsweise dem Gesetzgeber anheimfällt, ist dieser Satz offenbar am zutreffendsten, hier ließe er sich auch so ausdrücken: Der Gesetzgeber arbeitet rascher als die Doktrin, die Doktrin rascher als der Volksgeist, je langsamer aber hier der Bildungsprozeß, um so unbestimmter der Zeitpunkt seines Abschlusses.

Aus dem bisherigen geht zur Genüge hervor, wie unvollkommen es mit der Chronologie der Rechtsgeschichte für entlegene, quellenarme Zeitalter beschaffen sein muß. Für manche völlig gleichgültige Gesetze kann sie Jahr und Tag angeben, und für die

wichtigsten Ereignisse, für den Umschwung der Ideen und die durch denselben hervorgerufene Umgestaltung des Rechts kaum das Jahrhundert. Die Zusammenstellung von Jahreszahlen, zu der sie sich durch ihre Quellen instand gesetzt sieht, ist daher notwendigerweise sehr lückenhaft, und die einzelnen Angaben enthalten dem bisherigen nach nur selten den wirklichen, wahrhaften Zeitmoment eines rechtshistorischen Ereignisses. Das unmittelbare Interesse einer so unvollkommenen Chronologie kann ich daher nur höchst gering anschlagen; dagegen wird sich unten bei dem, was wir an ihre Stelle setzen werden, ein hoher mittelbarer Wert derselben ergeben.

Als Resultat haben wir gefunden, daß das Moment der Zeit in der Geschichte des Rechts eine geringere Bedeutung hat als in der politischen Geschichte, indem nämlich die Bewegung des Rechts eine mehr innerliche und darum sehr langsame und unmerkliche ist, die Zeiträume also lang und die Zeitpunkte unbestimmt sind.

Es ist nur ein anderer Ausdruck dieses Resultates, wenn wir sagen: der Rechtshistoriker muß die Zeit mit einem weiteren und elastischeren Maße messen, als sonst üblich ist. Je enger die zeitlichen oder räumlichen Grenzen eines Gegenstandes sind, desto genauer kann das zeitliche oder räumliche Maß, desto näher der Standpunkt der Betrachtung sein; je weiter aber die Dimensionen in Zeit oder Raum, desto weiter darf auch das Maß, desto entfernter soll der Standpunkt der Betrachtung sein, damit ein richtiger Totaleindruck gewonnen werde, der Zusammenhang des Gegenstandes in die Augen springe. Ein Rechtshistoriker wird daher kleinere und nach Jahren bestimmte Zeiträume, die für die Darstellung der politischen Geschichte durchaus geeignet wären, nicht zugrunde legen können, ohne sich von vornherein die Verfolgung seines letzten Ziels — die Aufdeckung des sachlichen Zusammenhanges in der Entwicklung des Rechts — sehr zu erschweren. Er wird sich vielmehr von vornherein anschicken müssen, dieser Entwicklung ununterbrochen während einer Reihe von Jahrhunderten zu folgen, ich möchte sagen, der Zeit Zeit

laſſen, ſich ihm verſtändlich zu machen. Ebenſo wird er, wenn der Verlauf dieſer Entwicklung ihn zwingt, einen Abſchnitt zu machen, ſich nicht ein beſtimmtes Jahr als Grenzpunkt ſetzen, über den er ſeinen Blick nicht hinausſchweifen laſſen dürfe. Denn wenn die Geſchichte ſelber ihm die Feſtſtellung eines ſolchen Normaljahres auch noch ſo ſehr erleichtert hätte, ſo würde gleichwohl der Zeit nach manches diesſeits des Normaljahres fallen, was ſachlich zur folgenden Periode, manches jenſeits desſelben, was ſachlich zur vorhergehenden Periode gehört. Der ſcharfe Einſchnitt nach Seiten der Zeit würde hier alſo das Zuſammengehörige trennen, das Heterogene unvermittelt nebeneinanderſtellen. Um dieſe innere Konnexität zu retten, wird daher der Rechtshiſtoriker ſeinen Perioden ſtatt des Jahres vielleicht nur ein Jahrhundert als Grenze anweiſen können und vielleicht trotzdem gezwungen ſein, des Zuſammenhanges wegen einzelnes aus der einen Periode in die andere hinüberzuziehen. Man wird daher den Perioden des Rechtshiſtorikers notwendigerweiſe eine gewiſſe Elaſtizität zugeſtehen müſſen. Dies Poſtulat enthält im Grunde nichts als die Anwendung unſeres oben aufgeſtellten Fundamentalſatzes, daß die innere Verwandtſchaft der Tatſachen weſentlicher iſt als ihre äußere Verbindung durch die Zeit. Die Geſchichte eines jeden Rechtes wird es bewähren, daß die Vorboten eines neuen Syſtems ſich bereits einſtellen, während das alte noch in voller Kraft ſteht, und daß umgekehrt Nachzügler des letzteren ſich ſo lange verſpäten können, daß erſteres inzwiſchen zur vollſtändigen Herrſchaft gelangt iſt. Jene Vorboten, der Zeit nach früher als dieſe Nachzügler, werden nur vom Standpunkt des neuen Syſtems aus, dieſe Nachzügler nur von dem des alten aus richtig gewürdigt werden können, ihre ſyſtematiſche Beziehung, nicht ihr chronologiſches Verhältnis weiſt ihnen ihre wahre Stellung an.

Die bisherige Ausführung hat uns bereits zu einem Punkt geführt, von wo aus wir nur noch einen Schritt zu tun haben, um bei dem in der Rechtsgeschichte nicht seltenen Fall eines Konfliktes zwischen dem Moment der Zeit und dem des sachlichen Zusammenhanges der historischen Entwicklung (dem chronologischen und systematischen Moment) jenes erste Moment für das sekundäre und akzessorische, dieses zweite aber für das wesentliche und bestimmende zu erklären. Die Zeit soll durch das System verdrängt werden, letzteres soll sich aus sich selbst heraus frei entwickeln, ohne durch die Zeit beengt zu sein, und nur soweit, als letztere imstande ist sich zu einem systematischen Moment zu gestalten, soll sie Zutritt finden. Vielleicht treibt mich die ungebührliche Wichtigkeit, welche man dem Moment der Zeit in der Rechtsgeschichte beilegt, in das entgegengesetzte Extrem, wie ja ein Extrem das andere hervorzurufen pflegt, aber ich habe bis jetzt keinen Grund gefunden, die Richtigkeit meiner Ansicht, deren Begründung ich jetzt versuchen will, zu bezweifeln.

Die zwei äußersten Extreme, die hier möglich sind, würden sein die ausschließliche Anordnung der Rechtsgeschichte nach dem Moment der Zeit und die ausschließliche, jegliche Zeitangabe verschmähende Verfolgung des inneren Zusammenhanges der Entwicklung. Jenes erste Extrem, die rein annalistische Darstellungsmethode, würde eine Einsicht in die Totalentwicklung des Rechts weder voraussetzen, noch gewähren; es würde hier nicht einmal der erste Ansatz zu einer Rechtsgeschichte vorhanden sein, und man könnte von diesem Standpunkt aus sich dem systematischen Moment gar nicht nähern, geschweige beide Momente miteinander verschmelzen.

Ganz anders verhält es sich mit dem entgegengesetzten Extrem. Vorausgesetzt, daß es gelänge, den realen Zusammenhang der Entwicklung des Rechts wahrhaft zu erfassen und darzustellen, worüber unten ein Weiteres, so würde damit die wesentliche Aufgabe des Historikers gelöst sein, und was fehlte, würde sich leicht nachtragen lassen, es wären eben nur die Jahreszahlen, das rein

Zufällige, Äußerliche in der Zeit.[32]) Es würde hier nicht derſelbe Verſtoß gegen das chronologiſche Moment begangen, wie dort gegen das ſyſtematiſche, nicht die Zeit *negiert* wie dort das Syſtem, ſondern das Syſtem würde in der Tat ſelbſt ohne Wiſſen und Wollen des Darſtellenden implizite das Weſentliche des Moments der Zeit in ſich aufgenommen haben, indem eben die Schilderung der realen Entwicklung des Rechts (was ich hier Syſtem nenne) ſich parallel mit der Zeit ſelbſt bewegen würde. Der Fortſchritt des Syſtems involviert notwendigerweiſe den Fortſchritt der Zeit, nicht aber umgekehrt, denn die Zeit iſt nicht die **vis movens**, ſondern der bloße Rahmen, in den die Evolutionen des Syſtems hineinfallen. Das Andersſein eines und desſelben Gegenſtandes ſetzt notwendig ein Andersſein der Zeit voraus, und wer das Verhältnis in den Veränderungen des Gegenſtandes ſyſtematiſch, ſachlich begriffen hat, wird ſie im weſentlichen in dieſelbe Ordnung bringen, in der ſie in der Zeit aufeinander folgen.

Dem Geologen, der uns die Geſchichte der Bildung der Erdoberfläche ſchildert, iſt kein äußeres Zeugnis der Zeit gegeben, ihm iſt nicht berichtet, in welcher Reihenfolge und in welchen Intervallen die Veränderungen der Erdoberfläche vor ſich gegangen ſind. Und doch kann er uns dieſe Reihenfolge aufs Unwiderſprechlichſte dartun, ja er kann, wenn auch nur mit einem ſehr weiten Maßſtabe, die Zeit beſtimmen, die über dieſen Bildungen verfloſſen iſt — denn die Geſchichte, die er darſtellt, hat ſich dem Gegenſtande ſelber inkruſtiert, das Moment der *Zeit* hat ſich entſprechend in der *Sache* ſelber ausgedrückt.

Dieſe Beſtimmbarkeit der Zeit nach ſachlichen Kriterien, die

---

32) Ich nenne ſie zufällig in demſelben Sinn, in welchem man es Zufall nennen kann, daß in einem beſtimmten Zeitraum die und die Perſonen geſtorben ſind, während man nach ſtatiſtiſchen Beobachtungen es als vorausſichtlich *notwendig* bezeichnen konnte, daß ſoviel Prozente der Bevölkerung ſterben mußten. So läßt ſich auch begreifen und motivieren, daß eine hiſtoriſche Tatſache in dies Jahrhundert, nicht aber, daß ſie in dieſes Jahr und auf dieſen Tag fiel.

Möglichkeit der innern Chronologie im Gegensatz zu der auf äußere Zeugnisse sich stützenden äußern Chronologie ist keineswegs auf die Geschichte der Natur beschränkt, sondern sie findet auch auf dem Gebiete der moralischen Welt ihre Anwendung. Nehmen wir z. B. die Geschichte einer Literatur und Sprache. Wenn nach Jahrtausenden einem Literarhistoriker und Sprachforscher die Hauptwerke der deutschen Literatur von Anbeginn derselben bis auf die heutige Zeit in bunter Unordnung und mit Ausmerzung jeglicher darin enthaltenen Jahreszahlen übergeben würden, sollte es ihm nicht gelingen, nach systematischen Kriterien die Zeitfolge derselben zu bestimmen und eine Geschichte der deutschen Sprache und Literatur zu schreiben, bei der nichts weiter fehlte als die Jahreszahlen? Gäbe man ihm für jede Periode nur einige äußere chronologische Anhaltspunkte, so würde er sogar imstande sein, die meisten der fehlenden Zeitbestimmungen selber zu ergänzen. Ganz dasselbe gilt für das Recht.

Je unpersönlicher, innerlicher, naturwüchsiger eine Entwicklung, je langsamer sie vonstatten geht, je weniger der Anfang oder das Ende derselben in einen bestimmten Zeitmoment fällt, um so dürftiger wird regelmäßig die äußere Chronologie, um so nötiger, aber auch um so ausführbarer ihre Ergänzung auf dem Wege der innerlich chronologischen Bestimmung.

Am wenigsten Schwierigkeiten wird diese Bestimmung in Anwendung auf die Rechtsgeschichte haben, sobald sie nicht absolut verfahren, d. h. nicht die Zeit ermitteln will, in welche die einzelnen rechtshistorischen Ereignisse fallen, sondern wenn sie sich bescheidet, bloß relativ die Reihenfolge derselben zu entdecken. Den drei Rechtssystemen, die wir späterhin charakterisieren werden, steht ihr verschiedenes Alter und die Folge derselben so deutlich auf der Stirn geschrieben, daß kein Verständiger ein äußeres Zeugnis dafür begehren wird. Dasselbe gilt für jeden, der derartige Schrift lesen kann, von den verschiedenen Entwicklungsphasen der einzelnen Institute. Man vergleiche z. B. die verschiedenen Formen der Ehe; wer sähe nicht sofort, daß die Ehe mit manus älter ist

als die ohne manus, die Eingehung der erſteren durch confarreatio älter als die durch coemptio? Man nehme ferner die Errichtung des Teſtaments in den Komitien, durch aes et libram, die prätoriſche Teſtamentsform; die Antretung der Erbſchaft durch cretio, pro herede gestio; die Obligationsformen des nexum, der Stipulation, die Obligierung durch bloßen Konſens; die Vindikation in Form der legis actio sacramento, der sponsio, der arbitraria actio; die Handhabung der Strafgerichtsbarkeit durch die Komitien, die quaestiones perpetuae, die Einzelrichter; die Strafen des sacer esse, des Exils, der Verurteilung ad bestias, metalla uſw.; den Legisaktionen-, Formularprozeß, das Verfahren extra ordinem; die Perſonalexekution, die bonorum venditio, das pignus ex causa indicati captum; das Legat, Fideikommiß; Errichtung der Servituten, Freilaſſung uſw. auf ſolenne und nichtſolenne Weiſe uſw. Wer braucht ſich in allen dieſen Fällen die Reihenfolge der verſchiedenen Formen erſt angeben zu laſſen? Wie bei allem, was entſteht und vergeht, die verſchiedenen Stufen der Entwicklung ihren beſtimmten Typus tragen, ſo auch beim Recht, und ſowenig ein Jüngling den Typus eines Greiſes, ein Mann den eines Kindes an ſich tragen kann, ſowenig können auch Rechtsideen, die erfahrungsmäßig einer gewiſſen Altersſtufe angehören, wie z. B. die Präponderanz der Religion im Kindesalter des Rechts, bei einem einzelnen Recht dieſe Abhängigkeit verleugnen. Die Auffaſſung der Strafe als eines religiöſen Sühnemittels, als Privatgenugtuung, als Ausübung der Strafgewalt des Staats weiſt auf verſchiedene Kulturſtufen hin, deren Reihenfolge, wo ſie überhaupt ſich finden, eine notwendige iſt. Es aſſen ſich über die Priorität der verſchiedenen Rechtsbildungen gewiſſe allgemeine Sätze aufſtellen, z. B. daß das relativ vollkommnere Rechtsmittel oder Rechtsinſtitut jünger iſt als das unvollkommnere, der gerade Weg ſpäter aufgefunden iſt als der Umweg (die mittelbare Erreichung eines rechtlichen Geſchäftes durch Scheingeſchäfte, Fiktionen uſw.), die materielle, äußerliche Auffaſſung der innerlichen, ſpirituellen, die

grammatiſche Interpretation der logiſchen der Zeit nach vorgeht uſw. Der komparativen Jurisprudenz der Zukunft bleibt es vorbehalten, ſtatt ſolcher abgeriſſener Abſtraktionen eine zuſammenhängende Theorie der Altersſtufen des Rechts aufzuſtellen; es iſt dies eine von den Aufgaben der allgemeinen Phyſiologie des Rechts. Für unſere gegenwärtigen Zwecke werden wir ſelten in die Lage kommen, zu ſolchen allgemeinen Sätzen unſere Zuflucht zu nehmen, indem uns die chronologiſch feſtſtehenden Punkte des römiſchen Rechts für die Beſtimmung der chronologiſch unſicheren faſt überall feſte Anhaltspunkte gewähren.

Dieſe Anhaltspunkte ſind für die *abſolute* Zeitbeſtimmung, der wir uns jetzt zuwenden, völlig unentbehrlich. Um zu beſtimmen, welcher Zeit irgend eine ohne Bezeichnung derſelben uns überlieferte Rechtsbildung angehört, müſſen wir den Charakter der verſchiedenen Zeiten, ihre Eigentümlichkeiten in Auffaſſung und Geſtaltung des Rechtsſtoffes kennen. Hier iſt dann der Punkt, auf dem die äußere Chronologie uns die weſentlichſten Dienſte erzeigt. Dieſe Dienſte können wir ihr aber in doppelter Weiſe reichlich erwidern, einmal nämlich, indem wir die Lücken, die ſie läßt, ausfüllen, und ſodann, indem wir das Moment der Zeit, das ſie nur in einſeitiger und rein äußerlicher Weiſe hervortreten läßt, zu ſeiner wahren innerlichen Bedeutung erheben. Beide Aufgaben ſind auf *einem* Wege, aber auch nur auf dieſem erreichbar, nämlich auf dem oben bereits angegebenen der Aufſuchung der Lagerungsſchichten oder Syſteme der Rechtsbildung. Man wird freilich, auch ohne dieſen Weg einzuſchlagen, einzelne rechtshiſtoriſche Erſcheinungen, für die keine Zeitangabe ſich findet, nach ihrer Ähnlichkeit oder Verwandtſchaft mit anderen chronologiſch beſtimmten lozieren können, allein dies bleibt Stückwerk, und wo es mehr iſt, wird dies nur dadurch möglich, daß man ſich dabei durch ſeine Anſchauungen von dem *Charakter* der verſchiedenen *Zeiten* leiten läßt. Wir verlangen nichts anderes, als daß dieſe Anſchauungen ausgeſprochen, gerechtfertigt, geläutert und zu einem Ganzen verbunden werden. Sobald man

Grund dieser ungewöhnlichen Schwerfälligkeit des Rechts ist leicht zu finden; es ist derselbe, warum die Entwicklung des Charakters langsamer, mühsamer vonstatten geht als die intellektuelle Ausbildung. Der Charakter eines Individuums und ein Recht — letzteres ist ja der Charakter eines Volksindividuums —, die sich beständig ändern, die nach Art der intellektuellen Tätigkeit in beständiger Bewegung und Arbeit begriffen sind, taugen beide nicht viel. Eine gewisse Stetigkeit und Hartnäckigkeit ist bei beiden das Zeichen der Gesundheit und Kraft. Wenn jede Generation das von der Vergangenheit ererbte Recht als „eine ewige Krankheit" von sich stoßen und dafür das Recht, „das mit uns geboren", an die Stelle setzen wollte, so würde die sittliche Kraft des Rechts über die Gemüter rasch abnehmen und das Recht, im ewigen Rollen begriffen, dem Abgrunde entgegeneilen. Je leichter, rascher und häufiger in einem Staat das Recht produziert, desto geringer seine moralische Kraft;[31]) je seltner diese Produktionen, je länger der Zwischenraum zwischen der Empfängnis und der Geburt, je schmerzhafter die Geburtswehen, desto fester und kräftiger das Produkt. Darum kann das Recht nur bei einem willenskräftigen Volk gedeihen, denn nur bei einem solchen Volk ist die konservative wie progressive Kraft in dem Maße ausgebildet, daß das Recht langsam und sicher fortschreitet. Als Beispiel nenne ich das ältere Rom und England; für das gegenüberstehende Extrem einer Eintagsfliegen-Fruchtbarkeit braucht man leider weniger nach Beispielen zu suchen.

Diese eben entwickelte Schwerfälligkeit und Langsamkeit des Rechts läßt sich mit andern Worten auch so ausdrücken: das Recht bedarf zu seinen Produktionen langer Zeiträume. Wir stellen dem nun gegenüber eine zweite Eigentümlichkeit der Beziehung der Zeit zur Rechtsgeschichte, nämlich die Unbestimmtheit

31) Der bekannte Satz von Tacitus: perditissima republica plurimae leges. Auch bei Individuen ist ja die Fruchtbarkeit an guten Vorsätzen ein Zeichen von Charakterschwäche.

und Unsicherheit des Zeitpunktes. Dieselbe hängt mit der Länge der Zeiträume nicht notwendig zusammen; letztere kann mit scharfer Bestimmung der Zeitpunkte und umgekehrt die Kürze der Zeiträume mit Unbestimmtheit jener verbunden sein.

Der Erlaß eines Gesetzes läßt sich nach Tag und Stunde bestimmen, und wäre die Geschichte des Rechts nichts als eine Geschichte der Gesetze, so würde hier für manche Zeiten die äußerste chronologische Genauigkeit herrschen können. Aber so wichtig es stets in praktischer Beziehung ist, von welchem Zeitmoment an ein Gesetz gilt, so wenig ist dies in historischer Beziehung der Fall. Als einziger äußerer Anhaltspunkt mag uns auch hier das Datum des Gesetzes brauchbar sein, aber überschätzen wir nicht den Wert desselben. Nichts wäre irriger als zu glauben, daß die Geburtsstunde der in dem Gesetz aufgestellten Rechtsgrundsätze mit jenem Augenblick zusammenträfe. Beide können vielmehr weit auseinanderfallen; wir erinnern an unsere Ausführung über die Formulierung der Rechtssätze. Längst bevor das Gesetz einen Rechtsgrundsatz sanktionierte, kann derselbe bereits im Leben gegolten haben, und es ist Zufall, daß er gerade jetzt, nicht früher und später ausgesprochen wird. Wie verkehrt wäre es hier, die Entstehung jenes Grundsatzes nach dem Tage des Gesetzes zu datieren.

Aber selbst dieser äußere Anhaltspunkt des Publikationstages der Gesetze fehlt häufig. Wie manches wichtige Gesetz tritt in der römischen Rechtsgeschichte auf, von dem uns nicht einmal das Jahrhundert, in das es fiel, aufbewahrt worden ist. Und wie vieles bildet sich auf dem Boden des Rechts, ohne nur einmal in einem Gesetze erwähnt zu werden. Was die schöpferische Kraft des Lebens oder die Praxis der Gerichte auf gewohnheitsrechtlichem Wege zutage fördert, was die Wissenschaft allmählich in Umlauf setzt und in Aufnahme bringt, dafür läßt sich kein Datum angeben. Oder sollten wir es danach datieren, wann es zuerst in unsern Quellen erwähnt wird, das Jahr, in dem es in der uns erhaltenen Literatur auftaucht, und das vielleicht das funfzigste

Unbestimmtes, nichts Zusammengesetztes und Übergangsartiges, nichts Mildes und Zartes, sondern alles entweder ganz — oder gar nicht vorhanden; kenntlich bis zur Unmöglichkeit eines Mißgriffes, einfach und aus einem Gedanken heraus gearbeitet, aber dieser mit unerbittlicher und grausamer Konsequenz durchgeführt. Das Recht macht den Eindruck einer durch ihre ingeniöse Einfachheit großartigen Maschine. Sie arbeitet eben wegen ihrer Einfachheit mit der größten Sicherheit und Gleichmäßigkeit, aber wehe dem Unvorsichtigen, der ihre Handhabung nicht versteht und ihr zu nahe kommt: ihre eisernen Räder zermalmen ihn. Jene Gleichmäßigkeit beruht freilich zugleich auf einer Unvollkommenheit; es gibt keine Vorrichtung, die Maschine zu stellen, sie produziert immer nur dieselben sich aufs Haar gleichenden Stücke, d. h. das Recht ist außerstande, sich den individuellen Zuständen und Bedürfnissen anzuschmiegen, die Gleichheit, die es erstrebt und bewirkt, ist eine rein mechanische, äußerliche, jene, von der es heißt: Summum jus summa injuria. Nichts tut das Recht von selbst, sondern es wartet darauf, daß es durch denjenigen, der seiner bedarf, in Bewegung gesetzt werde, und zu dem Zweck ist nötig, daß letzterer die Kraft und Geschicklichkeit dazu besitze und selbst mithandle. Tut er dies, so garantiert das Recht ihm andererseits die höchste Sicherheit des Erfolges, denn der Erfolg, die Anwendung des Rechts läßt sich ebenso bestimmt und leicht berechnen wie ein mathematisches Exempel; das Resultat desselben aber ist unumstößlich.

Der Gedanke, von dem das ganze Privatrecht durchdrungen ist, ist der der Autonomie des Individuums, die Idee, daß das individuelle Recht nicht dem Staat seine Existenz verdankt, sondern aus eigener Machtvollkommenheit existiert, seine Berechtigung in sich selber trägt. Das privatrechtliche Prinzip ist in den rechtlichen Abstraktionen so auf die Spitze getrieben, daß es dem Staatsprinzip Hohn zu sprechen, und der Gedanke der subjektiven Willensfreiheit sich zur Entfesselung der reinen subjektiven Willkür verirrt zu haben scheint. Die Vermittlung aber dieser

abstrakten subjektiven Ungebundenheit mit dem Interesse der Gemeinschaft und des Staates sowie mit der Sittlichkeit lag in der Sitte, in dem Charakter des Volks, den realen Zuständen des römischen Lebens. Nie hat es wohl ein Recht gegeben, in dem die abstrakte Formulierung dessen, was geschehen konnte und durfte, sich von dem, was wirklich geschah, so weit entfernte. Wo die Festigkeit und Selbstbeherrschung der Individuen sowie die Macht der öffentlichen Meinung dem Mißbrauch der Freiheit wehrt, braucht letztere nicht ängstlich beschnitten zu werden. Das ganze römische Privatrecht und ebenso das Staatsrecht dieser Zeit ist getragen durch die Voraussetzung, daß der Inhaber einer privatrechtlichen oder öffentlichen Gewalt dieselbe würdig gebrauchen werde. Die Möglichkeit des schmählichsten Mißbrauches derselben ist an sich stets vorhanden, in der Macht der Beamten z. B. liegt die Möglichkeit, die Staatsmaschinerie zum Stocken zu bringen, das Volk in der Ausübung seiner Souveränität zu beeinträchtigen und zu hofmeistern, in der des Vaters, das Kind grundlos zu ermorden; aber das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß die schärfsten Messer die besten sind, und daß man Männern, die damit umzugehen verstehen, dieselben getrost anvertrauen kann und nicht eines möglichen Mißbrauchs wegen sie abzustumpfen braucht. Jene Gewalten werden daher nicht durch das Recht selbst beschränkt, sondern dem Inhaber bleibt überlassen, je nach dem Bedürfnis des einzelnen Falls sie in ihrer äußersten Wucht zur Anwendung zu bringen oder die durch Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Staatsinteresse usw. gebotene Mäßigung aus freier Selbstbeschränkung zu beobachten.

Das ganze Recht war auf die Römer der alten Zeit berechnet, sowohl hinsichtlich der Gewalt, die es gewährte, als hinsichtlich der Vorsicht und Sorgsamkeit, mit der man sich auf dem Gebiete des Rechts zu bewegen hatte. Ein anderes Geschlecht, eine andere Gesinnung, eine unerfahrene Hand, und die Freiheit schlug in Zügellosigkeit, die Sicherheit des Rechts in Unsicherheit um. Mit dem siebenten Jahrhundert der Stadt tritt diese Wandlung ein,

und wie das Maß römischer Kraft auf das der gewöhnlichen menschlichen Kraft herabsinkt, so akkommodiert sich dem auch das Recht, indem es immer mehr von seinem streng römischen Charakter abläßt und einen allgemeineren, kosmopolitischen annimmt.

Damit gelangen wir zum dritten System. Das zweite war seinem Inhalt wie seinen Formen nach auf Römer berechnet und auf sie beschränkt. Für den Verkehr mit Auswärtigen bildete sich allmählich ein internationales Recht aus, nicht gebunden an römische Formen, nicht unterworfen dem Rigorismus der starren römischen Konsequenz und Einseitigkeit, aber auch nicht teilhaftig jener im römischen Recht liegenden Machtfülle. An diesem Recht vermochte sich eine freiere, geistigere Erfassung und Behandlung des Rechts ungehindert zu betätigen, und in der Bestimmung desselben für den Weltverkehr lag die Aufforderung an die Jurisprudenz, sich bei der Ausbildung desselben der rein national römischen Eigentümlichkeiten zu entschlagen, also vorher sich derselben bewußt zu werden. So ward dies Recht ein Spiegel der Selbsterkenntnis für das reine römische Recht und, nachdem der Denationalisierungsprozeß des römischen Volks und infolgedessen des Rechts selbst begonnen, auch Muster und Quelle für dasselbe.

Eiserne Willensstärke hatte das zweite System geschaffen, die Abnahme derselben führte den Untergang desselben herbei, in dieser Beziehung enthält also das dritte System einen entschiedenen Rückschritt. Aber in anderer Richtung ist es doch unendlich mehr als ein bloßes farbloses und mattes Residuum des nationalen Rechts; nach dieser Seite hin erscheint es nicht als eine Stufe, zu der man aus Mangel an Kraft hinab gefallen, sondern zu der man hinauf gestiegen war. An die Stelle der moralischen Qualifikation des römischen Volks, die der Hauptfaktor des zweiten Systems gewesen, tritt im dritten System als Ersatz derselben die höchste intellektuelle Begabung. Auf den festen, unverwüstlichen Grundlagen, die ihr überliefert waren, führte sie ein Meisterstück juristischer Kunst auf, wie die Welt

dessen gleichen nicht kennt, ein Gebäude von solcher Vollendung und Festigkeit, daß noch beinah ein Jahrtausend später fremde Völker die verschlossenen Pforten desselben wieder öffnen, um hier ihre Lehr- und Gerichtssäle einzurichten.

Der Stoff zur Charakteristik dieses dritten Systems drängt in solcher Fülle, daß es unmöglich ist, das Wesentliche desselben in wenige Züge zusammenzufassen, ein Mehreres wäre aber an dieser Stelle, wo es uns nicht um eine konzentrierte Antizipierung unserer Resultate, sondern nur um die Mitteilung unseres Planes zu tun ist, völlig ungeeignet, ein Minderes hingegen, weil es ein schiefes Bild gewähren würde, eher nachteilig als vorteilhaft. Mögen wir also vorläufig dies System als das supranationale oder freiere bezeichnen und der spätern Darstellung den Nachweis vorbehalten, in welchen Punkten dies System von den spezifisch römischen Ideen sich entfernt, und woran die geistig freiere Behandlung sich betätigt hat.

Es wird schließlich noch die Bemerkung erlaubt sein, daß, wenn es uns gleich nur um die allgemeinen Charakterzüge des römischen Rechts zu tun ist, die Begründung unserer Urteile stets ein Eingehen auf den konkreten rechtshistorischen Stoff unentbehrlich macht. Überzeugt, daß abstrakte Gesichtspunkte ohne eine gewisse stoffliche Schwere keinen rechten Eingang gewinnen, habe ich in letzterer Beziehung eher zuviel als zuwenig tun zu müssen geglaubt.

Erſtes Buch.

Die Ausgangspunkte des römiſchen Rechts.

Die Anſchauungen der Urzeit.

Omnes veteres philosophi ad incunabula accedunt, qui in pueritia facillime se arbitrentur naturae voluntatem posse cognoscere.

Die Ausgangspunkte des römiſchen Rechts.

Urzuſtände — Erinnerungsvermögen des römiſchen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückſchlüſſe vom ſpätern Recht.

Rationem praestat praecipue analogia, nonnumquam et etymologia. Quintil. I. O. I 6 § 1.

VII. Die Urzuſtände der Völker, die erſten Anfänge der Rechts- und Staatenbildung haben ein ſehr hohes kulturhiſtoriſches Intereſſe. Der Reiz, den ſie auf den Hiſtoriker ausüben, und der ihn trotz aller Mühſeligkeiten der Aufgabe immer wieder zu ihnen zurückführt, iſt derſelbe, den das erſte Erwachen des Geiſtes im Kinde für den Pſychologen hat. Beide lockt zur Beobachtung dieſelbe Ausſicht, die Ausſicht nämlich, den ſchaffenden Weltgeiſt in ſeiner Werkſtätte zu belauſchen und in das Geheimnis des Werdens einzudringen. Aber die Lage des Hiſtorikers iſt ungleich ungünſtiger, denn während der Pſycholog jenes Erwachen des Geiſtes täglich vor Augen hat, reicht das Erwachen aller hiſtoriſchen Völker in eine weite Vergangenheit zurück, und Mitteilungen von ſehr trügeriſcher und unvollkommner Beſchaffenheit bilden das Material, aus dem der Hiſtoriker ſich das Bild der entſchwundenen Zeit zuſammenſetzen ſoll. Nicht die Kürze oder Länge der Zeit, die Reihe der Jahrhunderte oder Jahrtauſende iſt es, die dies Zurückgehen auf die hiſtoriſchen Anfänge

leichter oder ſchwieriger macht, ſondern die nach Verſchiedenheit der Völker geringere oder höhere Treue und Stärke des nationalen Gedächtniſſes. Wie bei den Individuen, ſo iſt auch bei den Völkern das Erinnerungsvermögen, insbeſondere ſoweit es die Kindheitszeit zum Gegenſtande hat, ein ſehr verſchiedenes. In manchen Völkern lebt treu und unverfälſcht das Bild vergangener Tage fort; bei manchen anderen hingegen ſtattet eine raſtlos tätige Phantaſie die Vergangenheit ſofort mit glänzenden Farben aus und verwandelt Geſchichte in Dichtung; bei einem andern Volke endlich iſt der Sinn ſo vorwiegend auf die praktiſchen Zwecke der Gegenwart gerichtet, daß ſich bei dem Drange des tätigen Lebens die Kunde abgeſtorbener Zuſtände raſch verflüchtigt.

Von welcher Art war das nationale Erinnerungsvermögen des römiſchen Volks? Die Römer hielten zähe am Alten feſt, und das Gedächtnis großer Taten ging bei ihnen nie verloren, aber zwei Umſtände bewirkten dennoch, daß die Zuſtände ihrer Kindheit nur ſchwach in ihrem Gedächtnis fortlebten.[1]) Einmal nämlich ging ihre ganze Tätigkeit jahrhundertelang in den praktiſchen Zwecken der Gegenwart auf. Damit vertrug ſich allerdings eine hohe Achtung vor dem Hergebrachten; was lebte, genoß der kräftigſten Geſundheit bis ins höchſte Alter hinein, allein war es dem Leben einmal völlig abgeſtorben, ſo ward es bald vergeſſen.[1a]) Auch

---

1) Huſchke, in der Vorrede zu ſeiner Verfaſſung des Servius Tullius S. VII u. fl. gelangt zu einem andern Reſultat. In ſeinen Augen beſaß das römiſche Volk „eine zuſammenfaſſende Gewalt und Macht des Volksgeiſtes, welcher auch die fernſten Zeiten ſeiner Kindheit ſtets in der Einheit des gegenwärtigen Bewußtſeins feſthält, weshalb er auch wegen ſeines Hängen am Alten ſo ſehr geprieſen oder getadelt wird".

1a) Namentlich von den Juriſten ſ. z. B. Gellius 16, 10 § 7, 8. Einen weſentlichen Anteil daran hatte das ſprachliche Moment. „Der Handelsvertrag mit Karthago aus dem erſten Jahre der Republik konnte viertehalb Jahrhunderte ſpäter zu Polybius' Zeit auch von den gelehrteſten Römern nur mit größter Mühe geleſen und nicht vollſtändig mehr entziffert werden, und die ſaliariſchen Lieder wurden nachmals ſelbſt von den Prieſtern kaum mehr verſtanden." Schwegler, Röm. Geſchichte I S. 566.

bei den noch geltenden Institutionen pflegte man wenig nach deren historischer Entstehung und Entwicklung zu forschen. Ein anderer Grund liegt in dem Charakter der ältesten römischen Geschichte. Wenn die Kindheitszeit eines Volkes in idyllischer Stille und Gleichmäßigkeit dahin fließt, mag die Erinnerung, wie im gleichen Fall beim Individuum, noch lange ein getreues, wenn auch etwas idealisiertes Bild derselben bewahren. Anders hingegen, wenn jene Zeit im unsteten, wechselvollen Treiben, in inneren und auswärtigen Kämpfen verläuft, wenn ein Eindruck den andern verdrängt, und wenn zudem gar die Bevölkerung selbst noch nicht zur kompakten Festigkeit und Einheit gediehen ist, sondern durch beständig neue Zuflüsse von außen sowie durch das Fluktuieren und Drängen ihrer verschiedenen Schichten im Fluß erhalten wird. Das ist aber gerade in der ältesten Geschichte Roms der Fall. Kämpfe im Innern und nach außen hin, Gegensätze in Abstammung, Recht und Bestrebung bezeichnen bereits das erste Blatt dieser Geschichte, und Jahrhunderte vergehen, bis die Elemente des römischen Volks zur Einheit eines Subjekts verschmolzen sind. Für dieses Subjekt ist jene Periode des Bildungsprozesses gewissermaßen eine Vorzeit, die es selbst nicht erlebt hat, und in der es sich fremd fühlt. Dem römischen Volke der Republik erschien das ganze Königtum in einem entstellten Lichte, und erst die Republik bezeichnete in seinen Augen den Anfang einer neuen Ära, von der an es sich und seine Freiheit datierte. Das Verhältnis der späteren Jahrhunderte zu der Königszeit ließe sich etwa vergleichen mit dem des Protestantismus zu seiner Vorzeit, dem mittelalterlichen Katholizismus. Der Masse der Protestanten wird der mittelalterliche Katholizismus stets als etwas Fremdes erscheinen, das für sie keine Beziehungen hat; ihr konfessionelles Interesse und Gedächtnis beginnt erst mit der Reformation.

Dürftig ist also die Kunde der spätern Zeit von den Urzuständen Roms,[1b]) und manche von ihren dürftigen Mitteilungen tragen

---

1b) S. darüber die Äußerungen von Livius 6, 1.

die offenbaren Spuren der Erfindung oder entstellender Auffassung an sich. Die neuere historische Kritik hat dies aufs schlagendste nachgewiesen und zugleich den Beweis geführt, daß man zu haltbaren positiven Resultaten gelangen kann, die den römischen Geschichtschreibern entgingen. Ist gleich das historische Material, das unserer heutigen Wissenschaft zu Gebote steht, ungleich geringer als das der römischen Geschichtschreiber, so ist doch die Methode der Benutzung desselben eine andere, der historische Blick in manchen Stücken ein schärferer geworden.

Indem wir nun, was die älteste Geschichte Roms anbetrifft, auf jenen positiven Resultaten der heutigen Wissenschaft fußen, beschränken wir unsere eigene Untersuchung lediglich auf das Recht der ältesten Zeit. Daß manche der Ansichten, zu denen sie uns führen wird, nur den Wert von mehr oder minder wahrscheinlichen Vermutungen haben, gestehe ich bereitwillig ein, und Mißtrauen ist hier gewiß mehr am Platz als Leichtgläubigkeit. Allein andererseits bin ich von der Möglichkeit einer der Auffassung der Römer gegenüber sich selbständig verhaltenden Forschung völlig durchdrungen. Dies gilt namentlich von solchen Rechtsanschauungen der Urzeit, deren wir uns mit Hilfe der Etymologie bemächtigen können. Die Etymologie ist eine der beredtesten und zuverlässigsten Quellen über die primitiven Anschauungen der Völker; was längst im Leben abgestorben, was aus der Erinnerung des Volks völlig verschwunden, bewahrt sie noch der Wißbegier kommender Zeiten auf. Sie ist eine Darstellung der Urzustände in einer Hieroglyphenschrift, zu der vielleicht erst nach Jahrtausenden der Schlüssel gefunden wird. Die Römer verstanden den historischen Schatz, der in ihrer Sprache aufbewahrt war, nicht zu heben, die Geheimschrift, in der die Denk- und Sinnesweise ihrer Vorfahren zu ihnen sprach, nicht zu enträtseln, während *uns* heutzutage der Zugang zu diesem Schatze offen steht. Es ist vor allem das Erwachen des Sanskritstudiums und einer auf diese Grundlage sich stützenden Sprachvergleichung, das den auf eine spezielle Sprache gerichteten etymologischen

Untersuchungen erst die wahre Fruchtbarkeit und Sicherheit verliehen hat und allen historischen Wissenschaften eine Perspektive eröffnet, von der man vorher keine Ahnung hatte. Auch die Geschichte des Rechts wird ihren Anteil daran bekommen, und schon jetzt, ungeachtet der verhältnismäßig sehr kurzen Dauer jenes Studiums, ist es möglich, einige Früchte desselben für unsere speziellen Zwecke zu verwenden.

Ein anderer Punkt, in dem das Übergewicht unserer heutigen Wissenschaft über die römische gleichfalls zweifellos ist, betrifft das Recht selbst; es ist der Sinn für die historische Entwicklung desselben, die Kenntnis seiner Erscheinungsformen, seiner historischen Natur usw. So groß die römischen Juristen als Dogmatiker waren, so besaßen sie doch keinen Sinn für die historische Entwicklung des Rechts. Wenn aber die Römer es verabsäumten, das rechtshistorische Material, das sie uns mitteilen, zu benutzen, so können wir das Versäumnis nachholen und dürfen die Zuversicht hegen, daß eine sorgsame Beobachtung uns selbst bei der Dürftigkeit des Materials zu neuen Entdeckungen verhelfe. So kann uns namentlich auch das spätere römische Recht für die Kenntnis des ältesten ergiebig werden. Wie in der Sprache, so dauern auch im Recht nicht selten Nachklänge einer Vergangenheit fort, die dem Gedächtnis des Volks längst entschwunden ist.[2]) Auch im römischen Recht der Republik haben sich einzelne Spuren erhalten, die offenbar aus ganz anderen Anschauungen hervorgegangen sind, als denen das Recht der Republik seinen Ursprung verdankt, und die wie einzelne erhaltene Punkte einer

2) Es ist wunderbar, wie lange namentlich gewisse Gebräuche, symbolische Geschäfte usw. sich noch erhalten können, nachdem sie ihre eigentliche Bedeutung verloren haben. Es ist z. B. zweifellos, daß noch heutzutage bei uns manche Gebräuche fortdauern, die sich aus der Heidenzeit herschreiben, ja mittelst der ihnen zugrunde liegenden ursprünglichen Idee auf die frühere Gemeinschaft der indogermanischen Völker hinweisen. S. z. B. die Abhandlung von Kuhn über Wodan in der Zeitschrift für deutsches Altertum von Haupt B. 5 S. 472.

Peripherie auf ein bestimmtes Zentrum der gesamten Rechtsauffassung hinweisen. Werden diese Anzeichen verstärkt durch Fingerweise, die uns die Etymologie in derselben Richtung erteilt, führen beide endlich auf Ausgangspunkte des Rechts, die erfahrungsmäßig sich anderwärts mehr oder weniger wiederholen, und die sich einer allgemeinen Betrachtung als relativ notwendige ergeben, dann dürfen wir mit einiger Sicherheit diesen Spuren folgen und die Behauptung wagen: von jenen Ausgangspunkten aus hat sich das römische Recht entwickelt, jenes primitive System der Rechtsanschauung hat einmal existiert, selbst wenn das römische Volk der historischen Zeit sich desselben nicht mehr erinnert. Wann, wo und wie lange es existiert hat, das läßt sich freilich nicht angeben, aber man bescheide sich, zu wissen, daß das römische Recht sich von dieser Grundlage aus emporgehoben hat.

Wir werden im gegenwärtigen ersten Buch

1. die Entstehung des römischen Rechts nach der Sage, die römische Kosmogonie des Rechts einer Kritik unterwerfen (§ 8); sodann
2. die Anschauungen der Urzeit, also die Ausgangspunkte und ursprünglichen Elemente dieses Rechts (§ 9—19) und
3. das Verhalten des römischen Geistes zu diesen vorgefundenen Ausgangspunkten zu ermitteln suchen (§ 20, 21).

Die römische Kosmogonie des Rechts — Das Charakteristische derselben für die römische Vorstellungsweise.

VIII. Der Anfang Roms ist nach der Sage der Zustand der Wildheit und Gesetzlosigkeit. Die Gründer Roms sind Räuber und Abenteurer, die von den Ihrigen ausgestoßen sind oder einem zügellosen Leben zuliebe sich von ihnen losgerissen haben, Götter und Familie daheim lassend und nichts mitbringend als ihren Arm und ihr Schwert. Sie sind ein Aggregat von Individuen, von Atomen, durch nichts vereinigt als durch ihren wilden Sinn und den gemeinsamen Zweck des Raubens. Nicht einmal

Frauen bringen sie mit, und die benachbarten Völker, denen sie als Ausgestoßene erscheinen, weisen mit Hohn und Entrüstung die Zumutung zurück, ihnen ihre Töchter zur Ehe zu geben. Aber was ihnen nicht gegeben wird, nehmen sie sich. Sie laden ihre Nachbarn zur Feier von Spielen ein, überfallen die Gastfreunde, deren Verletzung nach den Begriffen des Altertums eins der frevelhaftesten Verbrechen war, und rauben ihnen die Töchter. Ihr Anführer Romulus, den die Sage zu den Göttern erhebt, geht ihnen mit gutem Beispiel voran; Brudermord verschafft ihm die Alleinherrschaft. Die Sage scheint daran keinen Anstoß zu nehmen; die Untat geht, möchte man sagen, noch auf Rechnung des ursprünglichen Zustandes der Wildheit und Willkür. Diesem Zustande macht Romulus selbst ein Ende.

Als die einzigen Bindemittel des wilden Haufens werden Ordnung und Recht zur Herrschaft gebracht,[3]) und als Schirmerin derselben das Königtum errichtet, das Romulus zu dem Zweck mit äußerm Glanz und Ansehen ausstattet.[4]) Nachdem der Staat eingerichtet, folgt dem Raube der Sabinerinnen die Gründung des Hausstandes und der Familie.

Nach der Gründung der Familie und des Staats kam die Reihe an die Religion. Romulus gedachte zwar schon der Götter, aber seine Haupttätigkeit war doch dem Staate zugewandt. Sein Nachfolger Numa, der nach der Sage der Ruf seiner Gottesfurcht und Gerechtigkeit auf den Thron brachte, erscheint als der Repräsentant des religiösen Prinzips. Er beschränkt seine Sorge

---

3) Liv. 1, 8 .... multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.

4) Liv. ibid. ... jura, quae ita sancta ... fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumtis fecit. Bei seinem Rückblick auf die Königszeit in Lib. 2, 1 bezeichnet Livius die königliche Gewalt als die Trägerin oder das Lebensprinzip des ältesten Staats und fragt, was aus Rom geworden sein würde, wenn jener Haufe von Abenteurern nicht durch die Furcht vor dem König im Zaum gehalten worden wäre.

aber nicht auf das rein Gottesdienstliche, auf Einführung von neuen Göttern und die Regulierung des Kultus, sondern seine Absicht war auch darauf gerichtet, „die mit Gewalt und Waffen gegründete Stadt von neuem zu gründen durch Gesetz und Sitte“,[5]) und er erreicht sie dadurch, daß er auch seinen weltlichen Einrichtungen eine religiöse Weihe verleiht, indem er sie gleich den religiösen als Eingebungen der Nymphe Egeria bezeichnet.

Jetzt blieb nichts mehr übrig als das Völkerrecht, und als Repräsentanten dieser Seite des Rechts nennt Livius den vierten König Ancus Martius.[6]) Bemerkenswert ist dabei aber, daß die Sage, die alles übrige in Rom entstehen läßt, hier die Entlehnung von einem fremden Volke zugesteht.

Dies ist in wenig Zügen die Entstehungsgeschichte des Rechts, wie sie dem römischen Volke der spätern Zeit als die natürliche erscheint. Denn daß jede Sage den Ausdruck der volkstümlichen Denkweise enthält, daß sie, auch wenn sämtliche Tatsachen, die sie berichtet, unhistorisch sind, dennoch psychologische Wahrheit enthält, bedeutungsvoll ist für die ganze Denk- und Sinnesweise des Volks, das braucht heutzutage nicht mehr

---

5) Liv. 1, 19.

6) Liv. 1, 32. Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae ceremoniae proderentur, nec generentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.

„Aber dies war nicht allgemeingültige Sage, Livius selbst widerspricht sich, da er schon I, 24 die Fetialen in völkerrechtlicher Wirksamkeit unter Tullus Hostilius geschildert hat, und von diesem König leitet denn auch Cicero die Einführung des Völkerrechts ab, während Dionysius die Begründung des Fetialenkollegiums dem Numa Pompilius zuschreibt. Dies Fluktuieren der Sage .... berechtigt jedenfalls zu dem Schluß, daß das Völkerrecht in der Entwicklung des römischen Rechtsbewußtseins am spätesten zur Anerkennung gekommen sei. Die innerlich richtigste Form der Sage ist ohne Zweifel die, welche Cicero befolgt.“ So Lange in der Rezension der ersten Aufl. dieses Werks in den N. Jahrb. für Phil. u. Pädag. B. 67 S. 38.

gesagt zu werden. So ist auch die römische Sage in dieser Beziehung sehr charakteristisch, was an einigen Zügen gezeigt werden möge.

Gewöhnlich liebt es die Mythe, die Bildungen einer relativ spätern Zeit in eine weite Ferne, in eine dunkle, ungekannte Vorzeit zu verlegen, das Menschenwerk und natürliche Erzeugnis einheimischer Geschichte als das Geschenk der Götter hinzustellen und die älteste Zeit als das goldene Zeitalter zu feiern, in dem die Götter noch unter den Menschen wandelten. Von alledem findet sich in der römischen Sage nichts. Alles, was Rom ist, erwirbt und leistet, verdankt es sich selbst und seiner Kraft; alles wird gemacht und organisiert, in allem ist Planmäßigkeit, Absicht, Berechnung. Nichts bildet sich von selbst, nicht einmal die Gentes, die doch das unmittelbarste Produkt des natürlichen Wachstums der Familien sind (§ 14), nicht das Recht, das doch größtenteils aus der Sitte hervorgeht. Nichts wird von außen entlehnt mit Ausnahme des Völkerrechts; Staat, Recht, Religion, alles produziert Rom aus sich heraus.

Dies ist also ein Grundzug der römischen Anschauung: Rom hat nichts von außen entlehnt, und was in Rom sich gebildet hat, das verdankt Rom sich selbst, das ist mit *Bewußtsein* und *Absicht* ins Leben gerufen. Die Lehre von dem sog. naturwüchsigen, d. h. dem unbewußten, traumartigen Wachstum des Rechts hat bei den tatkräftigen Römern nie Anklang gefunden. [7])

So muß denn die Geschichte in Rom gewissermaßen von neuem beginnen, den langen Weg von der natürlichen Wildheit eines vorstaatlichen Zustandes, dem atomistischen Nebeneinanderstehen der Individuen bis zur Bildung eines Volks und Staats und zur Gesittung und Religion von vorn zurücklegen. Rom erhält zur Aussteuer nichts mit als Männer mit gewaltigem Arm, die auf der Anfangsstufe der Geschichte stehen, Schiffbrüchige, die in sittlicher Beziehung nackt ans Land geworfen

7) Für die spätere Zeit s. § 25.

werden. Sie haben keine Vergangenheit, gehören nicht einem und demselben Volke an, sondern sind von allen Ecken zusammengelaufen, bringen kein gemeinsames Recht, keine gemeinsamen Götter mit, keine Scheu vor alledem, was den damaligen Völkern wert und heilig war, und werden daher auch von diesen wie ein Auswurf der Menschheit betrachtet.

Die erste Szene in dieser Kosmogonie der römischen Welt ist mithin die absolut erste Stufe, mit der die Geschichte überhaupt begonnen hat: die Herrschaft der Willkür und Gewalt.

Sodann folgt als zweite Szene die Entstehung der Gemeinschaft, eine Verbindung zu räuberischen Zwecken und aufrecht erhalten durch Gewalt oder militärische Disziplin, aber doch bereits der Anfang des Staates. Dazu gesellt sich die Familie, die Konsolidierung des Königtums und die Verbindung mit einem andern Volk.

Erst jetzt erscheint mit Numa Religion und Sittlichkeit. Die Ruhe nach außen hin ist gesichert, im Innern sind die Bedingungen des geordneten äußern Lebens gewährt, die wilde Tatkraft kann feiern, der Zeitpunkt ist gekommen, wo die sittliche Erziehung des Volkes beginnen kann. Noch einmal zwar unter Tullus Hostilius wacht die alte Wildheit wieder auf, aber sie wendet sich nach außen hin, und sein Nachfolger, der Repräsentant des Völkerrechts, gibt ihr legale Formen, völkerrechtliche Schranken und weiß den Geist der Numaischen Zeit wieder lebendig zu machen.

Damit schließt die Schöpfungsgeschichte der römischen Welt, denn was nachher geschieht, betrifft nur Veränderungen des bereits Vorhandenen. Sie hat darin eine gewisse Ähnlichkeit mit der alttestamentlichen Kosmogonie, daß sie in kurzer Zeit aus einem Nichts oder einem Chaos heraus jene ganze Welt hervorgehen und auch die einzelnen Teile derselben hintereinander und abgesondert wie an jenen biblischen Schöpfungstagen zur Existenz gelangen läßt. Die Reihenfolge hat etwas Charakteristisches. Daß das Chaos, jener Zustand des individuellen Treibens und der Willkür den Anfang, das Völkerrecht

aber den Beschluß macht, ist durchaus in der Ordnung. Aber bezeichnend ist, daß die Religion erst nach dem Recht erscheint, denn hier ist die historische Ordnung, wonach das Recht ursprünglich einen religiösen Charakter hat und erst später einen profanen Charakter annimmt, geradezu umgekehrt. Es ist diese Erscheinung bereits von andern[8]) als merkwürdig bezeichnet, und ich bin geneigt, sie als Ausdruck der römischen Sinnesweise zu betrachten, wonach der Staat die erste, die Religion die zweite Stelle einnimmt.

Schon an dieser Umstellung einer nach aller historischen Erfahrung durchaus konstanten Ordnung verrät sich, daß in der Bildungsgeschichte der römischen sittlichen Welt etwas Gemachtes ist, und ganz dasselbe ergibt sich aus anderen Gründen. Niebuhrs bekannte Untersuchungen überheben uns der Mühe, auf das Einzelne einzugehen, es genügt hier im allgemeinen auf die innere Unwahrscheinlichkeit der römischen Sage aufmerksam zu machen. Indem letztere von dem Bestreben ausgeht, den Anfang Roms so winzig wie möglich zu machen, damit die spätere Größe desselben einen um so ehrenvolleren Kontrast dazu bilde, stellt sie die ursprüngliche Bevölkerung als eine durch nichts verbundene Masse einzelner Individuen dar und gibt letzteren die moralische Ausstattung vom „ersten Menschen". Ist dies denkbar? Hatte denn nicht jeder, der Rom mit erbauen half, bereits einem geordneten Gemeinwesen angehört, brachte er von dort nicht bereits eine historische Ausstattung mit, oder hätte er seine Götter seine Rechtsbegriffe, seine ganze sittliche Ausbildung von sich werfen und sich wieder zum wilden Tiere machen können? Und unter diesen Räubern und Mördern hätte sich in kürzester Zeit

8) z. B. Hegel, Philosophie der Geschichte S. 361: „Dieser Zug ist dadurch sehr merkwürdig, daß die Religion später als die Staatsverbindung, auftritt, während bei andern Völkern die religiösen Traditionen schon in den ältesten Zeiten und vor allen bürgerlichen Einrichtungen erscheinen."

ein Recht bilden, oder vielmehr Romulus hätte nach seinem Belieben ein Recht machen sollen, das aber sofort trotz der disparaten Zusammensetzung der Bevölkerung und trotz ihrer Zügellosigkeit die Macht und den Einfluß eines angestammten, ererbten Rechts ausgeübt hätte? Hegel, der im übrigen das Wesen des römischen Geistes treffend aufgefaßt hat, hat sich freilich zu dieser Annahme entschlossen. Er läßt „den Geist der strengen Gesetzlichkeit der Römer" aus jener Entstehung aus der ersten Räubergesellschaft hervorgehen, denn „diese Stiftung des Staats führte unmittelbar die härteste Disziplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes". Rom ist ihm „etwas von Hause aus Gemachtes, Gewaltsames, nichts Ursprüngliches", und das römische Leben nimmt seinen Anfang „in verwilderter Roheit mit Ausschluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit".[9]) Das Recht wäre hiernach gewissermaßen ein Zaum, der einem wilden, unbändigen Tiere angelegt würde, nicht etwas dem Subjekt selbst eignes, der Staat aber ein Käfig, aus dem das Tier nur entlassen wäre, um unter Aufsicht seines Bändigers bei den Nachbarn zu wüten und zu plündern. Ohne in dieser Auffassung ein gewisses Moment der Wahrheit, auf das wir an einer spätern Stelle zurückkommen werden, zu verkennen — es ist die Anknüpfung des strengen Gesetzlichkeitssinnes an die militärische Disziplin —, müssen wir dennoch dieses der Sage zuliebe angenommene Emporwachsen des Rechts und Staats aus einem sittlichen Sumpfe heraus entschieden bestreiten. Die römische Sage will den Römern den Ruhm vindizieren, mit nichts angefangen und alles aus sich heraus produziert zu haben; darum existiert beim Beginn der römischen Geschichte keine Nationalität, keine Religion, kein Recht. Das wahre Sachverhältnis aber ist das, daß alles dies bereits vor Rom vorhanden war, und daß sich die Gründer Roms etwa mit Auswanderern vergleichen ließen, die eine Gemeinschaft, in der sie bereits daheim standen, anderwärts

9) S. Hegels Philos. der Geschichte S. 344, 346, 348, 351.

fortſetzen und ihre Familien und ihr Beſitztum, ihre Religion und ihre Einrichtungen mitbringen. Mochten immerhin noch ſo viele einzelne Individuen nach Rom ziehen, mochte Rom wirklich ein Aſyl ſein, zu dem Verbrecher von weither ihre Zuflucht nahmen: es gab jedenfalls einen feſten Kern der Bevölkerung, einen Stamm, an den ſich jene atomiſtiſchen Beſtandteile anſchloſſen, und dem ſie ſich aſſimilierten. Dieſer Kern war der Träger der ererbten Einrichtungen, er ſicherte dem Staate und ſeinen Inſtitutionen die Feſtigkeit, die ſie gleich von vornherein genoſſen. Die römiſche Rechts- und Staatsbildung iſt alſo, mit dem Kunſtausdruck bezeichnet, keine primäre, ſondern eine ſekundäre, d. h. ſie erfolgt auf Grundlage und aus den Mitteln bereits vorhandener Bildungen, Rom bringt von vornherein eine hiſtoriſche Mitgift mit. In ſeinem Rechte, in ſeiner Sprache kommen Reminiszenzen einer weit über Rom hinausreichenden Vergangenheit vor, finden ſich, möchte ich ſagen, Spuren eines antediluvianiſchen Syſtems, einer Entwicklung des Rechts, deren Anfänge und Fortgänge längſt vor Rom fallen, und deren Reſultate die Grundlage abgeben, auf der Rom weiter fortbaut. Dieſe hiſtoriſche Mitgift, die Rom bei ſeinem Eintritt in die Welt miterhält, wollen wir jetzt zu beſtimmen, den Weg, den die Rechtsentwicklung zurückgelegt hatte, bevor ſie in Rom anlangte, zu entdecken ſuchen. Wenn die Erinnerung daran ſich auch im Gedächtnis des Volks verloren hat, ſo finden ſich doch, wie bereits im vorigen Paragraphen angegeben, im geiſtigen Beſitztum der ſpätern Zeit, dem Recht wie der Sprache, noch Überbleibſel aus jener frühern Zeit. Auch wir werden gleich der Sage zu den erſten Anfängen des Rechts zurückgehen und mit ihr gleichen Schritt halten, indem wir nämlich an die Stelle jener vier Phaſen in der Bildungsgeſchichte des Rechts, die ſie uns vorführt, dem vorſtaatlichen Treiben der Individuen, der Bildung des Staats, dem Auftreten der Religion, der Annahme des Völkerrechts drei Prinzipien ſetzen werden, nämlich das Prinzip des ſubjektiven Rechts, jener erſten Phaſe entſprechend, das Prinzip der Familie und der

Wehrverfassung, mit seiner staatsbildenden Kraft der zweiten und vierten obigen Phase korrespondierend, und sodann das religiöse Prinzip, welches der obigen dritten Phase entspricht.

Die Ausgangspunkte oder die Uranschauungen und Urelemente des römischen Rechts.

Das Minimum geschichtlicher Anfänge.

> Justitiae initium est ab natura profectum, deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt. Postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.
>
> Cic. de invent. III, 53.

IX. Weit, unendlich weit ist die Kluft, die uns mit unserer modernen Rechtsauffassung von jenen ersten Anfängen der Rechts- und Staatsbildung trennt, zu denen wir jetzt zurücksteigen. Nicht an den Abstand der Zeit denke ich, obgleich auch er ein gewaltiger ist, denn jene ersten Anfänge fallen weit über Rom hinaus, sondern ich meine den Gegensatz in der Rechtsanschauung, und dieser ist ein so bedeutender, daß es uns Mühe kostet, uns ganz in die der Kindheitszeit des Rechts hineinzudenken und sie begreiflich und natürlich zu finden. Nur zu leicht vergessen wir, daß das, was uns vom Standpunkt der heutigen Zeit aus als natürlich und vernünftig erscheint, das Produkt eines langen und mühsamen Prozesses ist. Ohne die Kenntnis der Geschichte würden wir nicht wissen, daß Rechtsanschauungen, die der unhistorischen Betrachtung, dem naiven Urteil so gern als ewiges Eigentum der menschlichen Vernunft gelten, in der Tat nichts sind als Resultate jenes Prozesses. Und es sind dies gerade solche, die in der heutigen Zeit im Niedrigsten wie im Höchsten lebendig und das Gemeingut aller zivilisierten Völker geworden sind. Daß der

Mensch als solcher, nicht bloß der Bürger, Rechtssubjekt ist, daß die Kriegsgefangenschaft keine Sklaverei begründet, daß die Selbsthilfe der Rechtsordnung widerstreitet, daß der Staat etwas anderes, höheres ist als die Summe der Individuen, andere Aufgaben und andere Mittel hat als die, welche letzteren zukommen, vor allem aber die Aufgabe, Recht und Gerechtigkeit bis in die kleinsten Kreise hinein zu verwirklichen — diese Sätze sind unserer heutigen Auffassung so zu eigen geworden, daß wir kaum begreifen, wie in bezug auf sie das Gegenteil gegolten hat. Darin aber offenbart sich so recht der riesige Fortschritt der Geschichte, daß die folgenreichsten Wahrheiten, zu denen sich in früherer Zeit kaum der kühnste Flug hervorragender Geister erhob, aus jener, möchte ich sagen, Schnee- und Eisregion, in der sie Jahrtausende unzugänglich und verborgen lagen, in die tiefsten Niederungen hinabgewälzt und in dem Maße Gemeingut der Gebildeten wie der Ungebildeten geworden sind, daß niemand in ihnen etwas Besonderes findet. Um diese einfachen Wahrheiten zu finden und zur Geltung zu bringen, dazu hat der menschliche Geist einer mühsameren Anstrengung, eines gewaltigeren Ringens bedurft, als alle Entdeckungen und Erfindungen bis auf die heutige Zeit hinab ihn gekostet haben. Der Gedanke, daß der Mensch frei sei, ist schwieriger zu finden gewesen, als der, daß die Erde sich um die Sonne bewege, für ersteren läßt sich kein Kopernikus nennen. Nicht als ob die Geschichte seinen Namen vergessen hätte; die großen moralischen Entdeckungen sind keinem einzelnen Geiste beschieden, sondern die langsam reifende Frucht des Ringens und Denkens ganzer Nationen. Wollte man die Fortschritte zusammenstellen, die unsere heutige Zeit vor den ersten Anfängen der Kultur oder auch nur vor der Kultur des Altertums voraus hat: in meinen Augen verdienten jene einfachen Wahrheiten obenanzustehen. Alle Schätze der Wissenschaft kommen gegen den Wert solcher dem Volke eingeimpfter und darum unvergänglicher und das Leben gestaltender Wahrheiten von ferne nicht in Betracht. Die Wissenschaft kann steigen und fallen, und

mit ihr gehen die Schätze, die sie angesammelt hat, zunächst verloren, aber jene Wahrheiten dauern fort als unvergängliches Eigentum der Menschheit. Der obige Satz, daß der Mensch als solcher frei ist — ein Satz, zu dem das römische Recht sich praktisch niemals erhoben hat —, wiegt für die Menschheit mehr als alle Triumphe der Industrie, und dieser eine Satz bezeichnet einen Fortschritt des heutigen Rechts gegenüber dem römischen, gegen den die Überlegenheit des letztern rücksichtlich seiner technischen Vollendung völlig in den Schatten tritt. Bevor die Geschichte diesen Satz verwirklichte, mußte sie Jahrtausende arbeiten, mußten Millionen Menschen in Sklaverei seufzen, mußten, wie noch wiederum in jüngster Vergangenheit in Nordamerika, Ströme Bluts fließen.

Die Geschichte beginnt mit unendlich schwachen Keimen. Der Bildung des Staats ist vorausgegangen eine Gemeinschaft der Individuen, die Verbindung derselben in Form der Familie oder des Stammes, auf welche der Name Staat sich nicht anwenden läßt. Und doch ist diese Gemeinschaft zweifellos der Keim des spätern Staats und Rechts gewesen, und es muß sich, da die Geschichte so wenig wie die Natur Sprünge kennt, der Staat allmählich aus ihr entwickelt haben. Wie ist dies geschehen? Die heutige Wissenschaft scheint uns diese Frage zu verwehren, denn Recht und Geschichte beginnt für sie erst mit dem Staat. Ihr zufolge müßten wir uns also bescheiden, den römischen Staat und das römische Recht als fertige Tatsachen entgegenzunehmen, und wir brauchten oder richtiger wir dürften gar nicht die Frage aufwerfen, wie sich beide aus jenem Keim entwickelt haben. Und allerdings: ließe sich diese nur mit vagen Mutmaßungen beantworten, deutete keine Spur den Weg an, den die Geschichte, um vom Individuum und von der Familie zum Staat zu gelangen, zurückgelegt hat, dann wäre die Abweisung jener Frage durchaus gerechtfertigt. Wenn es sich aber entgegengesetzt verhält — und ich glaube, daß dies hinsichtlich des römischen Rechts der Fall ist —, warum mit einem solchen Axiom der Wißbegierde entgegentreten-

warum nicht die Gelegenheit benutzen, die Wurzeln des Baumes, die ein glücklicher Zufall entblößt hat, kennen zu lernen? Wenn Recht und Staat nicht im Individuum ihren innerlichen Grund hätten, wenn nicht schon jede vorstaatliche Gemeinschaft der Familien und Geschlechter eine rechts- und staatsbildende Kraft in sich trüge, woher wäre dann Recht und Staat in die Welt gekommen? Können wir also dieses Hervorgehen des Rechts und Staats aus jener Gemeinschaft irgendwie noch erkennen, warum unsere Augen verschließen? Und wo wir sie nicht mehr erkennen können, warum uns da nicht bewußt werden, wie weit Staat und Recht hier von jenem Ausgangspunkt sich bereits entfernt haben? Ich meine, daß jede Rechtsgeschichte damit beginnen sollte, sich dieser Entfernung bewußt zu werden und zu versuchen, ob sie noch die Verbindungslinie zwischen Staat und Recht, wie sie ihr in der Geschichte zuerst entgegentreten, auf der einen Seite und dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen auf der andern Seite erkennen kann; nicht mit dem Vorurteil soll sie ans Werk gehen, daß nur der fertige Staat ein Interesse habe, sondern mit dem Bewußtsein, daß es irgend einmal keinen Staat gegeben habe.

Mit diesem Bewußtsein wollen wir an unsere Aufgabe herantreten, also hinsichtlich des ältesten römischen Staats uns bewußt zu werden suchen, wie weit er sich bereits von jenem absoluten Ausgangspunkt der Geschichte, dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen entfernt hat, und in welchen Punkten der historisch erkennbare Zustand noch die Spuren dieses Ausgangspunktes an sich trägt. Mögen uns dabei Mißgriffe unvermeidlich sein, ich halte es für richtiger und lehrreicher, von der Voraussetzung auszugehen, daß die Geschichte mit unendlich wenig angefangen habe, und demgemäß den Versuch zu machen, die ersten Gebilde, die sie unseren Blicken enthüllt, an ein sittliches Minimum anzuknüpfen, als sich mit der gegebenen Tatsache des Staats und Rechts zu beruhigen und unter dem Einfluß einer gereiften Rechts- und Staatsverfassung den rechtlichen

Gehalt jener Bildungen zu überschätzen — ein Fehler, den man sich dem ältern römischen Recht gegenüber vielfältig hat zuschulden kommen lassen.

Den Stoff, den die Geschichte uns hinsichtlich des ältesten römischen Rechts darbietet, ordne ich nach drei Gesichtspunkten oder Prinzipien und werde versuchen, Rechenschaft darüber zu geben, was jedes derselben zu dem Bau der römischen sittlichen Welt beigesteuert hat. Es sind dies jene bereits im vorigen Paragraphen erwähnten Prinzipien, nämlich:

I. Das des subjektiven Willens, beruhend auf der Idee, daß das Individuum den Grund seines Rechts in sich selber, in seinem Rechtsgefühl und seiner Tatkraft trägt und hinsichtlich der Verwirklichung desselben auf sich selbst und seine eigene Kraft angewiesen ist.

II. Das staatsbildende Prinzip und als Ausflüsse desselben die Gemeinschaft auf Grundlage der Familienverbindung und der Einfluß der Wehrverfassung auf die Gemeinschaft.

III. Das religiöse Prinzip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

Diese drei Prinzipien folgen sich hinsichtlich ihrer sittlichen Gradation in der hier gewählten Reihenfolge; eine entsprechende zeitliche Reihenfolge derselben soll damit durchaus nicht prädiziert sein.[9a]) Im Interesse der leichteren Erkenntnis der Tragweite eines jeden dieser drei elementaren Faktoren wird es jedoch verstattet sein, bei der Betrachtung sie in der Weise zu isolieren, als seien sie hintereinander aufgetreten, ihnen sozusagen Gelegenheit zu geben, zu zeigen, wie weit sie es für sich allein hätten bringen können, und wo mithin der Punkt liegt, bei dem der niedere Gedanke sich erschöpft hat und der höhere einsetzt.

9a) Ich halte es für nötig, diese Bemerkung um so mehr zu betonen, als man sie bei der Beurteilung des folgenden Versuchs außer acht gelassen hat, so z. B. Walter, Röm. Rechts-G. Aufl. 3, I § 18 Anm. 1.

I. Das Prinzip des subjektiven Willens der Urquell des römischen Privatrechts.

A. Begründung der Rechte durch persönliche Tatkraft.

Der tatkräftige subjektive Wille in seiner Richtung auf Begründung des Rechts — Das Recht der Beute — Vorliebe der römischen Rechtsansicht für originäre Erwerbungsarten.

Se in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse. Lic. V, 36.

X. Wo hätte es ein Recht gegeben, das nicht aus der Tatkraft der Individuen hervorgegangen wäre, und dessen Ursprünge sich nicht in den dunkeln Hintergrund der physischen Gewalt verlören? Aber bei manchen Völkern ist jene Periode der Tatkraft und der gewaltsamen Bildung des Rechts der nationalen Erinnerung völlig abhanden gekommen, und ihre Tradition weiß nichts mehr zu berichten von den Ahnherren des Volks, die mit der Gewalt des Arms die Rechtswelt gründeten, sondern nur von Göttern oder Dienern Gottes, die das Recht den Menschen schenkten oder ihnen als Satzung auferlegten. Der menschliche Schweiß und das Blut, das dem Ursprung des Rechts anklebt, ist verdeckt durch den Nimbus göttlicher Entstehung.

Anders im römischen Recht; jene Schweiß- und Blutflecke menschlicher Arbeit, die ihm anhaften, hat keine Zeit vernichten können; der Satz, daß die persönliche Tatkraft die Quelle des Rechts sei, ist eine der Initialen der römischen Rechtsgeschichte.

Persönliche Tatkraft die Quelle des Rechts — für uns fast ein unverständliches Wort! Gewohnt, dem Staate alles in die Hand zu legen, das Recht als den Willen des Staates zu definieren und die Verwirklichung desselben ihm zu überlassen, kennen wir für das Recht die persönliche Tatkraft kaum, und wo sie ohne Autorisation des Staats sich geltend machen will, verpönen und verfolgen wir sie als Eingriff in die Rechtsordnung. Aber so

weit in unseren Augen Gewalt und Recht voneinander liegen, soweit ist unsere heutige Auffassung dieser beiden Begriffe von der altrömischen entfernt, und wir müssen unsere ganze heutige Vorstellungsweise von Staat und Rechtsordnung daheim lassen, wenn wir altrömischen Grund und Boden betreten.

Ist denn unsere strenge Scheidung von Recht und Gewalt in der Tat eine richtige, gibt es nicht auch heutzutage Gebiete, in denen beide Hand in Hand gehen? In den kleinen Kreisen des bürgerlichen Lebens haben wir der Gewalt den Krieg erklärt, und wenn sie heutzutage nur noch schüchtern und verstohlen sich hier blicken lassen darf, ahnen wir nicht, daß ihr einst auf diesem Gebiete die ausgedehnteste Herrschaft zustand. Aber zurückgedrängt aus diesen Niederungen des Privatlebens flüchtet sich die Gewalt auf jene Höhen, auf denen die Weltgeschichte arbeitet. Wenn ein unterdrücktes Volk sich seines Tyrannen entledigt, wenn die Staatsgewalt das im Zustande der höchsten Erschlaffung ihr von der unverständigen Masse aufgelegte Joch einer verderblichen Verfassung von sich wirft, wenn das Schwert des Eroberers einen morschen Staat zertrümmert und dem besiegten Volke Gesetze auferlegt — — was antwortet darauf unsere Theorie von Recht und Gewalt? Sie erkennt die Änderung als vollendete Tatsache, als rettende Tat an, d. h. sie kann dem Geständnis nicht ausweichen, daß doch die Tatkraft als solche Recht tilgen und schaffen kann. Die Geschichte mit ihren gigantischen, naturkraftartig wirkenden Mächten läßt sich nicht durch unser theoretisches Spinnengewebe fesseln; wenn sie unruhig wird, zerreißt sie es mit einem Schlage an allen Stellen und überläßt der Theorie die Mühe, es im Anschluß an die veränderte Gestalt der Welt wieder zusammenzuknüpfen.

Und, wie nun? Sehen wir noch heutzutage, daß die Tatkraft das Recht gebiert, welche andere Mutter als sie sollte das Recht am Anfang der Geschichte gehabt haben? Werfen wir aber darum beide nicht zusammen, sagen wir nicht, daß *statt* des Rechts die Gewalt regiert habe. Auch das Recht war da, wenn

auch in ganz anderer Weise als heutzutage; nicht nämlich als eine objektive Macht, die sich durch sich selbst verwirklicht, sondern als innerliche, als subjektives Rechtsgefühl. Was die Tatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf, machte es zu einem Teile der Person selbst und verdoppelte damit die Kraft, mit der es behauptet ward. Der erste Ansatz des Rechtsgefühls ist das Gefühl der eigenen Berechtigung, gestützt auf die Bewährung der eignen Kraft und gerichtet auf die Behauptung der Früchte derselben. Was der Mensch mit Schweiß oder Blut gewonnen, das will er behalten. Dies Gefühl involviert begrifflich freilich auch die Anerkennung des fremden Rechts, aber praktisch entwickelt sich die Achtung vor dem Rechte anderer nur sehr mühsam und allmählich. Ursprünglich ist sie auf den engen Kreis der Genossen beschränkt; wer draußen steht, ist rechtlos, gegen ihn mag man der Gewalt völlig freien Lauf lassen, die Übermacht begründet das Recht. Auch gegen die Genossen ist Gewalt erlaubt, sobald sie die Person oder den Besitz des andern kränken; durch Selbsthilfe verschafft man sich das Verlorene wieder, ist dies aber unmöglich, so kühlt man wenigstens die Rachlust.

Dies sind die Umrisse einer rohen Rechtsanschauung, von der die Römer oder ihre Vorfahren nicht bloß einmal ausgegangen sind, um sie dann zu vergessen, sondern die, wenn auch in verfeinerter und veredelter Gestalt, sich stets bei ihnen erhielt. Der persönlichen Tatkraft gehört die Welt, in sich selbst trägt der einzelne den Grund seines Rechts, durch sich selbst muß er es schützen, das ist die Quintessenz altrömischer Lebensanschauung, wie wir jetzt an den Spuren, die das Recht, die Mythe und Etymologie uns aufbewahrt haben, näher nachweisen wollen.[10])

Mit dem Schwerte ist die römische Welt gegründet, und das

10) Im folgenden habe ich auf Grund der Bemerkungen von L. Lange in seiner oben angeführten Rezension der ersten Auflage dieses Bandes verschiedene bedenkliche oder unrichtige etymologische Argumente beseitigt.

Schwert oder der Speer ist das älteste Symbol des römischen Rechts. Nicht die Götter gaben den Römern ihre erste Ausstattung, wie der Gott Israels den Juden das gelobte Land verlieh, nicht Kauf und List wurden angewandt, wie einst von Dido bei der Gründung Karthagos; — die Römer haben kein „abgeleitetes" Eigentum im Sinne der Rechtssprache, abgeleitet von Gott oder andern Menschen, sondern sie haben ein „ursprüngliches", bei dem der Eigentümer sein eigner Auktor ist, sie haben es sich genommen, wo sie es fanden.

Der Erwerb des Römers bestand im capere, Eigentum ist ihm, was er mit der Hand genommen hat, manu-captum, mancipium, er selber ist der „Nehmende": herus;[11]) Eigentum übertragen wird nicht, wie in späterer Zeit, durch Hingabe (trans-datio, traditio), sondern wo ein Römer dem andern Eigentum überläßt, wird dies in alter Zeit der Form wie der Sache nach aufgefaßt als einseitiges Nehmen des Erwerbers (mancipatio, manu capere).

Nehmen ist das der römischen Vorstellungsweise allein Entsprechende, und die lateinische Sprache ist bei ihrer sonstigen Armut doch reich an Ausdrücken, die ursprünglich diese Bedeutung gehabt haben. Emere heißt im späteren Latein kaufen, aber wo die Römer der spätern Zeit kauften, pflegten ihre Vorfahren zu nehmen; denn das war die ursprüngliche Bedeutung von emere.[12]) Rapere (das deutsche rauben, gotisch raubon) hat im spätern Latein die deutsche Bedeutung, und rapina erscheint hier als

---

11) Vom Sanskr. hr nehmen, woher auch χείρ. Lange a. a. O. Dominus leitet derselbe von do (mit dem Suffix minus wie bei femina, ter-minus) ab. Ein weiteres Argument für die Ableitung der Rechtsbegriffe aus dem der Gewalt findet er in dem Worte potestas.

12) Festus sub voc. Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui decebant pro accipere; ebenso sub voc. Redemptores. S. auch Pott a. a. O. B. 1 S. 261. Die ursprüngliche Bedeutung hat sich noch in Zusammensetzungen erhalten, z. B. adimere (ademere), zu sich nehmen.

Delikt, allein in alter Zeit kannte man ein eigenes Delikt des Raubes nicht,[13]) und rapere hieß nichts als reißen, gewaltsam an sich ziehen, ohne daß die Sprache die Nuancierung des Unerlaubten hineingelegt hätte. Ebensowenig unterscheidet die Sprache zwischen dem Fall, wo man mühelos eine herrenlose Sache zu sich nimmt, und dem, wo man sie erbeutet; beides heißt occupare. Von diesen drei Stammwörtern emere, capere und rapere hat die lateinische Sprache einen großen Reichtum abgeleiteter und zusammengesetzter Wörter gebildet, deren Bedeutungen späterhin weit auseinander fallen; aber um so bezeichnender ist die ursprüngliche Identität aller dieser Bedeutungen in dem Begriffe des Nehmens.

Der Hauptfall der gewaltsamen Aneignung war der der kriegerischen Erbeutung, letztere ward, wie Gajus uns berichtet,[14]) als die beste Erwerbsart des Eigentums angesehen, maxime, sagt er, sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Raub vom Feinde hat von jeher bei allen jugendlichen, kriegerischen Völkern als ehrenvoller Erwerb gegolten; „noch heutzutage ist bei den arabischen Nomadenstämmen das Wort Räuber ein Ehrenname" (Roscher), und nach altgriechischer und altnordischer Ansicht war Seeraub ein anständiges Gewerbe, aber den Handel verachtete man, denn mit ihm verträgt sich Feigheit und Betrug, wie ja Mercur zugleich der Gott des Handels und der Diebe ist. Jene Mitteilung von Gajus ist wohl nichts weiter als ein Schluß, den er selbst macht, allein sie ist doch insofern nicht ohne Gewicht, als hier ein römischer Jurist, dem für die Kenntnis des ältern Rechts ganz andere Materialien zu Gebote standen als uns, in ihm die obige Anschauung ausgeprägt fand. Ob der etymologische Ursprung des Wortes praedium nicht ebenfalls auf die Vorstellung des Nehmens zurückzuführen ist, stehe dahin;

---

13) Raub fiel unter den Begriff des furtum nec manifestum; der Räuber bewältigt den Beraubten, nicht letzterer ihn.

14) Gaj. IV. § 16.

die Verwandtschaft mit praeda läßt sich nicht verkennen.[15]) Es lag nahe, die Einteilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi mit der kriegerischen Erbeutung in Beziehung zu setzen;[16]) die res mancipi, bei denen nur mancipatio oder ein sonstiger zivilrechtlicher Erwerbungsakt Eigentum übertrug, sollen die Sachen gewesen sein, welche die Römer bei ihren Raubzügen mit fortzuschleppen pflegten. Ich halte jedoch diese Ansicht, die ich früher selber gebilligt habe, nicht für richtig, muß es jedoch einer späteren Stelle vorbehalten, meinen Widerspruch zu begründen. Die mancipatio beruht unzweifelhaft auf der Idee, daß der Akzent der Eigentumsübertragung auf der Tätigkeit des Empfängers, auf seinem Nehmen, nicht auf der Hingabe von seiten des Gebers beruhe, allein der Raub vom Feinde ist in ihr durch nichts signalisiert.

Die Idee, daß das Nehmen die rechte Entstehung der rechtlichen Herrschaft sei, spricht sich auch anderwärts aus. Zuerst bei der römischen Hochzeit. Hier ward die Braut vom Manne aus dem Schoße der Ihrigen geraubt: wie Festus[17]) naiv hinzufügt, darum, weil dies dem Romulus glücklich vonstatten gegangen sei. Die Sage vom Raube der Sabinerinnen ist aber vielleicht eher die Wirkung als die Ursache dieser Sitte. Der

---

15) Über praeda, zusammengezogen aus prae-hida von prae-hendere, prendere, Wurzel hed s. Pott a. a. O. 1 S. 142, 199. Praedium anstatt mit praeda (wie schon die Römer, Gromat. veter. ed. Lachmann I p. 369: quod antiqui agros quos bello ceperant ut praedae nomine habebant) mit praes, dem Bürgen, zusammenbringen zu wollen; nämlich als Sicherungsobjekt, heißt die Frage nur verändern, nicht sie lösen. Denn auch praes hängt mit jener Wurzel zusammen, es ist der, welcher etwas auf sich nimmt. Rivier, Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque Berlin 1863 S. 14 will praes von prae-vas ableiten; wie praeda und praedium sich dabei einordnen solle, darüber erklärt er sich nicht, den Zusammenhang der beiden letzteren untereinander erkennt er S. 30 an.

16) Puchta, Kursus der Institutionen B. 2 § 238.

17) Sub voc. rapi.

zweite Gebrauch war religiöser Art. Wo die Menschen rauben und im Raube die Wurzel des Eigentums erblicken, da müssen auch die Götter durch Raub sich ihre Diener verschaffen. So wurden denn die vestalischen Jungfrauen[17a]) und der flamen Dialis geraubt (capiuntur); ob nur sie und, wenn dies der Fall, warum nur sie, steht dahin.

Das Symbol des Eigentums war der Speer. Wo es sich in Rom um einen öffentlichen Eigentumsakt handelte, ward dies durch Aufstecken des Speeres kundgegeben, so z. B. beim Zentumviralgericht, das vorzugsweise über echt römisches Eigen erkannte, so ferner bei öffentlichen Verkäufen (sub hasta vendere),[18]) von welcher Sitte sich der in unsere heutige Geschäftssprache übertragene Ausdruck „subhastieren" herschreibt. Bei der Freilassung der Sklaven vor dem Prätor erscheint gleichfalls der Speer, später statt dessen ein Stab, in offizieller Sprache vindicta; dies führt uns aber schon zu der Vindikation, von der erst unten die Rede sein kann. Auch das Hochzeitszeremoniell kennt den Speer. Der Bräutigam pflegte der Braut bei der Vermählung mit einem Speere (coelibaris hasta)[19]) das Haar zu scheiteln, und Festus, der uns diese Notiz aufbewahrt hat, führt neben anderen Erklärungen auch die an, daß der Speer das höchste Zeichen der Macht sei („summa armorum et imperii"), wodurch der Braut habe angedeutet werden sollen, daß sie fortan gänzlich der Gewalt des Mannes unterworfen sei. Nach neueren Untersuchungen dürfte es jedoch wohl außer Zweifel stehen, daß diese Deutung eine unrichtige ist.[19a])

17a) Gell. 1, 12 § 13: pontificis maximi manu prehensa ab eo parente, in cujus potestate est, veluti bello capta abducitur.

18) Daher hasta auch noch in späterer Zeit kurzweg für Auktion, z. B. fiscalis hastae fides. Auch auf öffentliche Verpachtungen wird der Ausdruck hasta angewandt, z. B. Livius 39, 44 submotis ab hasta.

19) S. Festus sub hac voce.

19a) Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe. Stuttgart 1853 S. 290. Der Speer diente ursprünglich zum Schneiden des Haars und erhielt sich als reſibuäre Form II, 538.

Daß die Menschen den Göttern das höchste Symbol der Herrschaft nicht versagt haben werden, liegt zu sehr auf der Hand, als daß uns die Notiz,[20]) die Römer hätten in ältester Zeit alle Götter unter der Gestalt der Lanze verehrt, wundernehmen könnte. In späterer Zeit wird die Lanze aus einem Symbol ein Attribut der Götter, und zwar in ihrer ältesten Gestalt als **hasta pura**, d. h. als Lanze ohne Eisenspitze.[21])

Wo physische Kraft den Erwerb vermittelt, da spielt natürlich die Hand als Instrument derselben eine Hauptrolle; kämpfen ist: „handgemein werden", „manum conserere", angreifen: „hand anlegen" „manum injicere", „manus injectio", die rechtliche Herrschaft selber wird nach der Hand, die sie tatkräftig begründet hat und behauptet, als manus bezeichnet.[21a]) Im spätern Recht hat dieser Ausdruck im technischen Gebrauch sich zwar ausschließlich auf die Herrschaft über die Ehefrau zurückgezogen, allein aus den Zusammensetzungen des Wortes, die noch im spätern Recht in Übung geblieben sind, ergibt sich die frühere generelle Bedeutung desselben.[21b])

Die Tatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts, das ist das Resultat der bisherigen Ausführung. In diesem Satz liegt die uranfängliche Lebensanschauung und der kriegerische Sinn des Volkes klar ausgesprochen, liegt ein Stück vorrömischer Geschichte. Die Etymologie gewährt uns dafür noch

---

20) Justin. 43, 23.

21) „Die Kriegslanze war ursprünglich nicht mit Eisen versehen, sondern nur eine hasta praeusta, welche durch Feuer zugespitzt war. Es hat sich im Bewußtsein der italischen Völkerschaften erhalten, daß diese Waffe einst bei der Kriegsführung gebraucht worden ist, wenn sie zur Ankündigung des Krieges von den Fetialen in das Gebiet der Feinde geschleudert, und wenn dem Krieger als Zeichen der Anerkennung seiner Tapferkeit eine hasta pura überreicht wird." Roßbach a. a. O. S. 291. Es verhält sich damit ebenso, wie mit dem Fall in Note 19a.

21a) Von manus stammt auch manubiae: der Erlös der Beute. Gell. 13, 24.

21b) Das Nähere § 32.

manche anderweite Unterstützung. Wie die lateinische Sprache das Grundstück nicht nach der so offenbar vorwiegenden Eigenschaft der Unbeweglichkeit, sondern als Gegenstand der Beute bezeichnet, so benennt sie auch den Mann nicht nach seinem Geschlecht, sondern nach seinem kriegerischen Beruf. Der Sanskritausdruck für Mann ist nri und nara,[22]) und die griechische Sprache hat in ihrem ἀνήρ denselben beibehalten, die lateinische hingegen läßt ihn fallen und wählt dafür das Wort vira (vir), welches im Sanskrit Krieger, Held bedeutet, d. h. die römischen Männer charakterisieren sich nicht durch ihr Geschlecht, sondern durch ihren kriegerischen Beruf. Die römische Tugend, vir-tus, ist also ihrem ursprünglichen Sinn nach der Besitz der Männlichkeit, d. h. kriegerischer Tüchtigkeit. Mit vir hängt dem Wortlaut und der altrömischen Auffassungsweise nach vis, die Kraft, Gewalt zu nahe zusammen, als daß man nicht auf eine ursprüngliche etymologische Verwandtschaft schließen müßte.[23]) Ein Krieger, vir, mit der hasta seine vis bewährend und Personen und Sachen in seine manus bringend, wäre der persönliche Ausdruck der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen. Der Name des Volks, Quirites, hängt nach gangbarer Ableitung gleichfalls hiermit zusammen. Quiris, curis ist die altsabinische Lanze,[23a]) die Quiriten also sind die Lanzenträger. Über die Ableitung von quiris möge mir erlaubt sein, eine Vermutung zu äußern. Eine namhafte Autorität[24]) stellt die Abstammung der Wörter curia, decuria usw. von com-viria, decem-viria als möglich hin. Curia, hiernach also die Männergemeinschaft, Mannschaft, sowie

22) Pott a. a. O. 1 S. 106.

23) Der Zusammenhang von vis und vir ist etymologisch möglich, denn das r des letzteren Wortes findet sich bei jenem noch im Plural. S. Pott a. a. O. Bd. 1 S. 205, dem der Wegfall des r im Singular freilich nicht unbedenklich erscheint. S. jedoch die Bemerkungen von Lange a. a. O. S. 42.

23a) Macrob. Sat. I, 9: ab hasta, quam Sabini curim vocant.

24) Pott a. a. O. 1 S. 123.

decuria; centuria hatte eine militärische Bedeutung, ähnlich wie unser „Mannschaft"; es bezeichnete eine Heeresabteilung, worüber im § 17 ein Näheres. Curia aber und curis oder quiris (cu- und qui- wechseln bekanntlich oft miteinander) stehen sich zu nahe, als daß man nicht eine ursprüngliche Verwandtschaft annehmen möchte. Ist nun curia von com-viria, Mannschaft, abgeleitet, so würde — jene Verwandtschaft angenommen — von diesem Worte curis abstammen, und zwar in dem Sinn, „das, was der curia eigen ist", das ist aber der kriegerische Speer in seiner dienstmäßigen, allen gemeinsamen Gestalt.[25]) Quirites wären dann also die Träger dieser Lanze, und jene unvermeidliche Lanze, die wir bereits bei Göttern wie Menschen, bei Hochzeiten, wie Verkäufen, Freilassungen wie Gerichtssitzungen getrof-

---

25) Man wende mir nicht ein, es sei abnorm, daß die Sprache den Speer nach der Mannschaft benannt haben sollte. Nicht die bloße hasta ist danach benannt, sondern die hasta curiae, die hasta quiris, d. h. der Speer wie er eben der ganzen Kurie gemeinsam, also dienstmäßig ist. Auf eine Analogie der deutschen Sprache hat mich Müllenhoff aufmerksam gemacht. Die „Kunkel" (chonacla, kunkela, cuncla), das Symbol der Frau, ist gebildet von quena oder konâ (γυνή), Frau, warum nicht das Zeichen der „Mannschaft" curis von der „Mannschaft", curia selbst? — Der obigen Ansicht, welche die Pottsche Ableitung der curia von com-viria zu ihrer Grundlage hat, ist von Lange a. a. O. ein entschiedener Widerstand entgegengesetzt (s. auch dessen röm. Altert. B. 1 S. 80 [Aufl. 2]). Derselbe leitet curia von der Wurzel κυρ, κοιρ (κυρία) coer (coerare = curare) d. i. coir, quir mit der Bedeutung der „endgültigen Entscheidung" ab, und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ableitung zu dem offiziellen Gebrauch des Worts Quirites (Mitglieder der Curia) als Bürger im Gegensatz der Soldaten und zu den sonstigen Argumenten, die Lange anführt („Quirinus repräsentiert die bürgerliche Tätigkeit des populus Romanus Quiritium wie Mars die kriegerische; Zusammenhang der Juno Quiritis mit den Kurien, in deren jeder sie einen Altar hatte"), ungleich besser stimmt als die gangbare, welche die Bürger zu Soldaten stempelt. Corssen (bei Lange, Altert. a. a. O.) leitet curia von covisia (von der skr. Wurzel vas, wohnen) ab, und diese Ableitung empfiehlt sich dadurch, daß sie die Verbindung der Worte decuria und centuria mit dem Grundbegriffe der curia ermöglicht, woran es die Langesche Etymologie fehlen läßt.

fen haben, würde freilich nirgends beſſer am Platz ſein als im Namen dieſes lanzenſüchtigen Volkes ſelbſt. Noch einmal (§ 12) wird ſie uns begegnen, aber nicht mit der Beſtimmung, um Rechte zu begründen, ſondern um ſie zu wahren.

Bisher betrachteten wir die phyſiſche Kraft in einer Qualität, in der ſie ſich nur dem Feinde gegenüber praktiſch erwies, nämlich in der als die primitive Begründerin des Eigentums. Es iſt das Recht der Beute, an dem der römiſche Eigentumsbegriff ſich zuerſt zeigt, und an den auch die friedliche, vertragsmäßige Erweiterung desſelben anknüpft. Was jemand dem Feinde abgeſtritten, gebührt ihm als Kampfpreis, iſt ſein eigen; die phyſiſche Kraft kehrt heim mit dem Begriffe des Rechts, der Gegenſtand, an dem ſie ſich betätigt hat, iſt für die Genoſſen kein Objekt der Beute, ſondern rechtlich unantaſtbar wie die Perſon ſelbſt. Darin liegt eben der Begriff des Beuterechts; es wäre negiert, wenn es ſich anders verhielte. An dieſe der Zeit und dem Begriff nach erſte, originäre Erwerbungsart lehnen ſich die derivativen an. Unſerer heutigen Auffaſſung erſcheint der Vertrag als eine ſo natürliche Begründungsart von Rechtsverhältniſſen, daß wir keinen Anſtand nehmen, dieſe Auffaſſung auch den Römern unterzulegen, allein ich halte das für grundfalſch, wie ich im zweiten Syſtem ausführlicher nachzuweiſen gedenke. An dieſer Stelle genügt die Bemerkung, daß die Übertragung des Eigentums durch Vertrag im älteſten Recht nicht als ſolche Kraft und Gültigkeit hatte, ſondern dadurch, daß ſie ſich der Idee des Beuterechts akkommodierte. Eigentum iſt urſprünglich nichts als Recht am erbeuteten Gegenſtand, entſteht mithin nur durch Erbeutung. Wenn alſo jemand, anſtatt ſich die Sache, deren er bedarf, vom Feinde zu holen, einen Genoſſen darum angeht, und dieſer ſie ihm nicht bloß zum Beſitz, ſondern als Eigentum, d. h. als „ſein nach dem Recht der Beute“ übertragen will, ſo kann dies nur in der Weiſe geſchehen, daß letzterer ſie ſich entreißen läßt, der neue

Inhaber also als „der, welcher die Sache erbeutet hat", d. h. als Eigentümer erscheint.

Wir wenden uns jetzt der Gewalt zu in ihrer Richtung auf den Schutz, die Verwirklichung des Rechts.

B. Das System der Selbsthilfe.

1. Allgemeine Betrachtung.

Beginn des Rechts mit der Selbsthilfe — Die Gewalt im Dienste des Rechts — Relevanz des Unterschiedes zwischen zweifellosen und zweifelhaften Ansprüchen — Ununterschiedenheit der verschiedenen Arten des Unrechts.

Neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a veteribus prodita est l. 17 pr. de furt. (47. 2.)

XI. Die ersten unausbleiblichen Regungen des verletzten Rechtsgefühls bestehen in der gewaltsamen Reaktion gegen das zugefügte Unrecht, in Selbsthilfe und Rache. Mit Selbsthilfe und Rache, dieser Art der wilden Gerechtigkeit, wie Baco von Verulam sich ausdrückt, hat ein jedes Recht begonnen. Nach unserer heutigen Auffassung aber ist dieser Anfang nichts als das vorstaatliche Chaos, in dem Recht und Gewalt sich noch nicht gesondert haben und von Recht noch keine Rede sein kann. Letzteres soll erst entstehen, wenn der Staat jene Aufwallungen des subjektiven Rechtsgefühls bezwungen und Organe zur Verwirklichung des Rechts hervorgetrieben hat. Die Entstehung des Rechts datiert nach unserer heutigen Auffassung erst von der des Richteramts an, Rechtsordnung und Rechtshandhabung von seiten des Staats sind ihr synonyme Begriffe.

Diese Auffassung ist erklärlich vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsordnung aus, aber sie unterschätzt die Stärke und Wirksamkeit der natürlichen Organisationskraft der Rechtsidee.

Das Wesentliche im Begriff der Rechtsordnung ist die gesicherte und konstante Verwirklichung des Rechts, verkehrt ist es aber zu glauben, als ob diese Verwirklichung lediglich durch den Staat und seine Behörden, nicht aber, wenngleich in unvollkommnerer Weise, durch die unmittelbare Macht des Lebens erfolgen könne. Ursprünglich hat jedes Bedürfnis des Lebens sich durch das Leben befriedigt. Bevor eine gesteigerte Entwicklung nach und nach besondere Organe für die verschiedenen Aufgaben und Interessen der Gemeinschaft ausgeschieden hatte, waren letztere nicht dem Zufall preisgegeben, sondern die natürliche Selbsthilfe oder Heilkraft des Lebens half sich selber. Wir haben es erleben müssen, daß man an den Staat die abenteuerliche Anforderung einer „Organisation der Arbeit" gestellt hat, aber so sehr man heutzutage auch mit der Idee eines Organisierens von Staats wegen vertraut ist, so hat man doch jene äußerste Konsequenz dieser Idee zurückgewiesen und die Antwort erteilt: die Arbeit organisiert sich selbst, der Staat kann und soll sich nicht hineinmischen. Wie, wenn nun zu irgend einer Zeit auch die Justiz sich ohne Zutun des Staats von selbst organisiert hätte, wenn der Staat den Individuen damals so wenig hätte behilflich zu sein brauchen, daß sie Recht fänden, als heutzutage, daß sie Arbeit finden?

Hatte der Staat etwa nötig, die Rechtsgrundsätze aufzustellen, nach denen die Völker in ihrer Urzeit sich richteten, waren sie von Gott und Recht verlassen, bis der Gesetzgeber sich ihrer annahm und ihnen vorschrieb, was Rechtens sei? So dachte man sich die Sache noch vor nicht gar langer Zeit; einen Rechtszustand ohne Gesetzgeber hielt man für unmöglich. Heutzutage haben wir uns von diesem Irrtum losgesagt; wir wissen, daß das Recht nicht auf den Gesetzgeber gewartet, vielmehr in Form des Gewohnheitsrechts von den ältesten Zeiten an existiert hat. Ist es denn nun so unglaublich, daß derselbe Trieb nach Recht und Ordnung, welcher sich hierin ausprägt und den Gesetzgeber überflüssig gemacht hat, auch rücksichtlich der Verwirklichung des Rechts sich betätigt und den Richter in unserm heutigen Sinn

entbehrlich gemacht habe? Richter hat es von den ältesten Zeiten an gegeben, es waren Rechtskundige, die als Sachverständige ein Gutachten über einen Rechtsstreit erteilten. Aber die Frage ist nur, ob sie wie unsere heutigen im Namen des Staats Recht sprachen und verwirklichten. Und dies ist es, was ich leugne. Die Geschichte hat uns zwar ein klares Bild des in die Urzeit der Völker sich verlierenden ursprünglichen Rechtszustandes vorenthalten, aber uns andererseits doch bei den meisten Völkern noch so viele Spuren desselben im spätern Recht aufbewahrt, daß wir auf künstlichem Wege uns den ursprünglichen Zustand und die Ideen, die ihn beherrschten, zu rekonstruieren vermögen. Das Interesse dieser Rekonstruktion besteht weniger darin, der Geschichte etwas abzugewinnen, was sie uns versagt hat, als dasjenige, was sie gewährt, besser zu begreifen, d. h. uns bewußt zu werden, aus welchen Ideen und Anschauungen das Recht der historischen Zeit hervorgegangen ist, eine Anknüpfung und ein Verständnis zu suchen für Erscheinungen, die uns vom Standpunkt des entwickelten Rechts aus als völlig rätselhaft erscheinen müssen.

Wir versetzen uns im Geiste in eine Zeit hinein, in der die Gemeinschaft noch keine Organe für die Verwirklichung des Rechts aus sich hervorgetrieben hatte, es vielmehr als reine Privatsache der Individuen betrachtete, sich Recht zu verschaffen.[25a])

25a) Der folgenden aus der ersten Auflage herübergenommenen Darstellung hat sich Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 164, 211 u. fl. angeschlossen. Auch von Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 1. S. 90 Note 3 scheint weniger das von mir entworfene Bild für ein unrichtiges zu erklären, als sich gegen „die Voraussetzung, daß auch die Selbsthilfe als ordentliches Mittel der Rechtsverfolgung sich vor der Vernunft rechtfertigen lasse" und gegen das „Wohlgefallen", das ich an jenen Zuständen gefunden, aussprechen zu wollen (s. S. 89 daselbst: „Überbleibsel vorhistorischer Barbarei"). Ich gestehe

Ein solcher Zustand hat bestanden; ob er weit über Rom hinausreicht, ist Nebensache, die Hauptsache ist die Erkenntnis, daß der älteste erkennbare Zustand des römischen Rechts unmittelbar an ihn anknüpft und sich von dieser Grundlage aus entwickelt hat.

Nicht der Zufall herrschte hier statt des Rechts, nicht das Maß der den beiden streitenden Parteien zu Gebote stehenden physischen Macht gab den Ausschlag, sondern die Idee des Rechts verwirklichte sich auch hier bereits, wenn auch auf unvollkommene Weise. Wer wegen erlittenen Unrechts zur Selbsthilfe schreiten mußte, war nicht auf seine eigene geringe Kraft angewiesen, das

---

gern zu, daß jene Zustände von einem geordneten Rechtszustande, wie wir ihn heutzutage verlangen, weit entfernt waren, und daß ich es wohl zufrieden bin, sie nicht in der Wirklichkeit erleben zu müssen, allein andererseits schien es mir gegenüber der herrschenden Ansicht, welche in ihnen nur Barbarei und grauenhafte Willkür erblickt, höchst nötig zu sein mit aller Entschiedenheit darauf hinzuweisen, daß auch sie bereits einen gewissen Rechtsgehalt in sich schlossen, eine gewisse Stufe des Rechtslebens repräsentierten. Was man heutzutage gegenüber dem Anteil, den die Staatsanstalten an der Bildung und Verwirklichung des Rechts haben, viel zu sehr übersieht, ist die moralisch-persönliche Energie und damit die äußerlich gestaltende Macht des subjektiven Rechtsgefühls. Aus ihr ist doch schließlich die ganze Rechtsordnung hervorgegangen — woher sonst? Die praktische Möglichkeit solcher Zustände, wie ich sie für die Urzeit des römischen Rechts behaupte, ist durch die geschichtliche Überlieferung bei den verschiedensten Völkern dargetan, so z. B. für das jüdische Recht: Ewald, Die Altertümer des Volks Israel S. 211, für das griechische: Meier und Schömann, Der attische Prozeß S. 747, 748, Hefftter, Athenienſische Gerichtsverfassung S. 454, für das altgermanische, isländische, altnordische: Wilda, Strafrecht der Germanen S. 157 bis 223, Dahlmann, Geschichte von Dänemark II. S. 335 fl., Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 176—210, für das russische: Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. und Gesetzgebung des Auslands XII. S. 72, 73. Neuere Reisende in Afrika wissen ähnliches zu berichten, z. B. Ladisl. Magyar, Reise in Südafrika I. S. 331: „Die Vollziehung des Urteils wird von dem gewinnenden Teil und seinen Verwandten besorgt; reicht die Macht dazu nicht aus, so wartet man eine passende Gelegenheit ab, (z. B. eine Reise) mitunter jahrelang."

Unrecht rief in der Gemeinschaft dieselbe Reaktion des Rechtsgefühls hervor wie in ihm selbst, das Übergewicht der physischen Kraft warf sich regelmäßig auf seiten dessen, der recht hatte. Im Rechtsgefühl liegt einmal der Trieb sich zu realisieren, und eine Verletzung desselben, treffe sie nun zunächst auch nur den einzelnen, wird nicht bloß in ihm, sondern in der Gesamtheit jenen Trieb in Bewegung setzen. Findet er kein verfassungsmäßiges Organ zu seiner Realisierung vor, so wird er die Verwirklichung selber in die Hand nehmen. Möge auch kein Richter vorhanden sein, der den Verbrecher zur Rechenschaft zieht und straft, letzteren ereilt dennoch die Strafe und vielleicht sicherer und rascher als bei der ausgebildetsten Organisation der Strafrechtspflege; es ist die Volksjustiz, welche die verletzte Volksmoral zur Anerkennung bringt. Was aber in unseren jetzigen Zuständen die Furcht vor der Strafe des Gesetzes und dem Richtschwert der Obrigkeit bewirkt, das leistet dort die Furcht vor dem allgegenwärtigen Arme der Volksjustiz. Es wäre demnach sehr verkehrt, sich jenen Zustand in der Weise auszumalen, als ob Szenen der Volksjustiz und einer gewaltsamen Privatselbsthilfe an der Tagesordnung gewesen seien. Man vergißt dabei den Einfluß, den die Aussicht auf das voraussichtliche Benehmen des Gegners regelmäßig auf den eigenen Entschluß ausübte. Wo auf der andern Seite ein völlig zweifelloses Recht stand, mußte man darauf gefaßt sein, daß zur Verfolgung desselben alle Kraft aufgeboten werden würde, und zwar nicht bloß die eigene des Berechtigten, sondern auch die seiner Verwandten und Freunde, während man selber auf eine Unterstützung der letzteren in einem solchen Fall sich keine Rechnung machen durfte. Aber nur wo das Recht des einen und das Unrecht des andern sonnenklar war, konnte die Selbsthilfe jener moralischen und physischen Unterstützung gewiß sein, auf der die Sicherheit ihres Erfolges, ich möchte sagen ihr Charakter als Rechtsinstitut beruhte. Wo der Anspruch zweifelhafter Art war, hätte die Verfolgung desselben auf dem Wege der Selbsthilfe notwendigerweise zu einem wilden Kampfe, zur vollständigen

Anarchie führen müssen; hier bedurfte sie der Ergänzung durch Einrichtungen zum Zweck der Entscheidung (§ 12).

Dieser Unterschied zwischen zweifellosem und zweifelhaftem Recht und Unrecht, der auf den Anfangsstufen der Rechtsentwicklung überall einen maßgebenden Einfluß auf die Gestaltung des Rechts ausübt,[26] während er im Fortgang derselben mehr in den Hintergrund tritt,[26a] begegnet uns im altrömischen Recht und Prozeß in einer so scharf ausgeprägten und tiefeingreifenden Weise, daß man ihn als einen die ganze Architektonik des ältern Systems bestimmenden Grundgedanken bezeichnen kann. Nur wo der Anspruch zweifelhafter Art ist, kommt es zum Prozeß; wo er evident ist, erfolgt sofort die Exekution, und zwar ohne Mitwirkung der Behörde lediglich durch den Berechtigten. Neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare — in diesem oben als Motto benutzten Satz des römischen Juristen liegt der Grundgedanke der altrömischen Rechtsordnung ausgesprochen. Wer sein klares Recht hat, bedarf der Obrigkeit nicht, weder um dasselbe durch sie erst noch anerkennen, noch um es durch sie realisieren zu lassen. Die Realisierung ist ausschließlich Sache des Berechtigten. Es ist mir keine Bestimmung des ältern Rechts bekannt, welche ihn an die Mitwirkung der Obrigkeit bände oder ihm dieselbe auch nur in Aussicht stellte. Daß der Magistrat keinen Anstand genommen haben wird, nötigenfalls diese Mitwirkung zu gewähren, gilt mir zwar als unzweifelhaft,[26b] allein dieselbe bildete kein Glied des ältesten Exekutionsverfahrens, letzteres beruhte offensichtlich auf der

26) Beispielsweise im altnordischen (Wilda a. a. O. S. 161—165), im englischen (Gundermann, Engl. Privatrecht I. S. 372), auch im russischen (Krit. Zeitschr. s. Anm. 25a) u. a.

26a) Aber ganz verliert er sich auch hier nicht, man denke z. B. an den Gegensatz des Exekutivprozesses zum ordentlichen Prozeß, der eben auf einem Unterschiede beruht; auch der Wechselprozeß steht im Zusammenhange mit ihm.

26b) Ein solcher Fall wird erwähnt bei Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.

stillschweigenden Voraussetzung, daß ein Widerstand gegen eine berechtigte Selbsthilfe gar nicht zu besorgen stehe, die Macht des Berechtigten selber vollkommen ausreiche; die Strafandrohungen für den Fall der Widersetzlichkeit stammen sämtlich aus späterer Zeit.[27]) Nur durch Bestreitung ihrer Rechtmäßigkeit konnte ein Dritter als vindex den Lauf einer Exekution aufhalten; verlor er, so zahlte er zur Strafe denselben Betrag wie der Schuldner. Gegen den, welcher der berechtigten Selbsthilfe Widerstand entgegensetzte, war die Anwendung von Gewalt erlaubt, was mit lauter Stimme verkündet werden sollte.[27a])

Den Begriff der Selbsthilfe im weitern Sinn zerlegen wir heutzutage in drei Unterbegriffe, den der Selbstverteidigung (Abwehr drohender Rechtsverletzungen), den der Rache (Wiedervergeltung eines uns zugefügten Übels) und den der Selbsthilfe im engern Sinne (Aneignung dessen, worauf wir einen Anspruch zu besitzen glauben). Indem wir den ersten Anwendungsfall der Eigenmacht von der folgenden Untersuchung völlig ausschließen, da er für das ältere Recht nichts Charakteristisches enthält, betrachten wir

1) die Rache und die daraus historisch hervorgegangene Privatstrafe (§ 11[a]). Die Verletzung des Rechts, gegen welche sie die Reaktion enthält, ist bei dem Delikt eine eklatante, die eigenmächtige Verfolgung desselben also nach unserm obigen Grundsatz gerechtfertigt;

27) S. z. B. Dig. lib. II tit. 5—8 u. Gaj. IV, 192 über die act. furti prohibiti: actio quadrupli ex praetoris edicto .. lex autem eo nomine nullam poenam constituit.

27[a]) So z. B. bei der in jus vocatio (Worte der XII Tafeln bei Gell. XX, 1: ni it, antestator) „die antestatio dient zum Beweis, daß er rechtmäßig, nicht injuria Gewalt gebraucht" von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 106; so beim Diebe (Worte der XII Tafeln bei Cic. pro Tullio § 48 „endoplorato" d. i., wie Cicero hinzufügt: conclamato ut aliqui audiant et conveniant). Ähnliche Bestimmungen in den altnordischen und germanischen Rechten (s. z. B. von Bar, Beweisurteil des germ. Prozesses, 1866 S. 98 Note 143[a]) u. im altrussischen (Ewers, altruss. Rechte S. 147, 149).

2) die Selbsthilfe im engern Sinn, und zwar
   a) die Sicherung ihres Erfolges durch das Zeugengeschäft (§ 11[b]) und
   b) die Formen und den Umfang ihrer Anwendung im ältern Recht (§ 11[c]),

worauf wir sodann in § 12 zu dem Fall der Zweifelhaftigkeit des Anspruchs und der durch ihn gegebenen Notwendigkeit richterlicher Entscheidung übergehen werden.

Die obige Anordnung bedarf noch einer Bemerkung. Brächten wir den Unterschied zwischen Rache und Selbsthilfe nicht bereits mit, schwerlich würde er uns am ältern Recht zum Bewußtsein kommen, ja selbst im Besitz desselben stoßen wir bei dem Versuch, ihn durchzuführen, auf große Schwierigkeiten. Ist es Selbsthilfe oder Rache, wenn die Gläubiger den insolventen Schuldner zerfleischen? Nach unserer heutigen Auffassung würde das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner zwar Gelegenheit zur Selbsthilfe, nicht aber zur Rache bieten, denn letztere knüpft sich für unsere Vorstellung ausschließlich an den Begriff des Delikts, es ist doch aber kein Delikt, wenn der Schuldner sich ohne seine Verschuldung außerstande sieht, den Gläubiger zu befriedigen. Und doch wird niemand Bedenken tragen, jenes Verfahren der Gläubiger gegen den Schuldner als einen Akt grausamster Rache zu bezeichnen.

Dieselbe Erfahrung, die wir an diesem Beispiel machen, daß unsere mitgebrachten Begriffe zum ältern Recht nicht stimmen, wiederholt sich an einem andern auch rücksichtlich der Selbstverteidigung. Das ältere Recht verstattet dem Eigentümer, den nächtlichen Dieb ohne weiteres niederzustoßen, selbst wenn er unbewaffnet ist und sich nicht zur Wehr setzt. Ist dies bloße Selbstverteidigung? Sicherlich nicht! es ist abermals ein Akt blutiger Rache.[27b])

27[b]) Der Umstand, daß man die im folgenden entwickelte Eigentümlichkeit des ältern Rechts übersah, hat manche zu dem Versuch veranlaßt,

Folgen wir dem Fingerzeig, den diese beiden Fälle uns geben, so führt uns dies auf einen für die Erkenntnis des Rechts höchst ergiebigen Weg. Der Geist des ältern Rechts ist der Geist der Rache, der Genugtuung für jegliches widerfahrene Unrecht. Nicht bloß für das absichtliche oder verschuldete, sondern auch für das unabsichtliche oder unverschuldete Unrecht. Das rohe Rechtsgefühl erblickt in jeder Bestreitung oder Vorenthaltung des Rechts eine persönliche Verletzung, ein Delikt, und verlangt dementsprechend nicht bloß die einfache Anerkennung oder Wiederherstellung des Rechts, sondern außerdem noch persönliche Genugtuung, Bestrafung des Gegners. Strafe knüpft sich im ältern Recht an alle Rechtsverletzungen, einerlei ob sie bloß objektive sind, d. h. solche, bei denen den Gegner subjektiv gar kein Vorwurf trifft, das Bewußtsein und die Absicht einer Verletzung des fremden Rechts völlig fehlt, wie z. B. beim gutgläubigen Besitzer der fremden Sache, der im Vindikationsprozeß unterliegt, oder ob sie zugleich ein subjektives Unrecht in sich schließen. Gestraft wird der Schuldner, der nicht zahlen kann, gestraft der Vindex, der bei der legis actio per manus injectionem an Stelle des Schuldners den Anspruch bestreitet, bestraft durch Verlust des sacramentum, wer im Sakramentsprozeß unterliegt, und selbst im Formularprozeß noch dauert in vielen Einrichtungen (z. B. der sponsio poenalis u. a.) die Strafe für das bloße Unterliegen im Prozeß fort. Den fur nec manifestus, der wissentlich einen Angriff auf fremdes Eigentum macht, trifft die Strafe des Doppelten; dieselbe auch den Besitzer, der im Vindikationsprozeß unterliegt und während der Zeit die Früchte der Sache sich angeeignet hat, gleich als hätte er dieselben gestohlen, und den Verkäufer einer dem Käufer evinzierten Sache, gleich als hätte er den Kläger diebischerweise um den Kaufpreis bringen wollen.

Daß die Strafe in allen diesen Fällen zugleich die Funktion

---

diesen Fall in gewaltsamer Weise unter den Begriff der Selbstverteidigung zu bringen.

des Schadenersatzes ausübt, ist unbestreitbar (II. 117 [110]), allein ebenso zweifellos, daß sie zugleich die Bestimmung der Strafe hat. Beide Zwecke sind ebensowenig voneinander geschieden wie die verschiedenen Arten des Unrechts und die Rache und die Selbsthilfe, und gerade diese Ununterschiedenheit charakterisiert die Entwicklungsstufe des älteren Rechts. Es ist jene ursprüngliche Einseitigkeit des Rechtsgefühls, die sich bei Individuen und Völkern in gleicher Weise wiederholt, bei der das Rechtsgefühl noch zusammenfällt mit dem Gefühl des *eigenen* Rechts, und das Unrecht nur seiner Wirkung nach empfunden, nicht seiner Ursache nach gewürdigt wird. Ob der Schlag mit Absicht oder aus Versehen oder ohne alle Verschuldung geführt wird, was kümmert es den Betroffenen? Er fühlt den Schmerz, und der Schmerz treibt ihn zur Rache. Erst wenn diese Stufe des noch im Affekt des Schmerzes befangenen Rechtsgefühls überwunden ist, gewinnt dasselbe den richtigen Maßstab für die Würdigung des Unrechts. Dieser Maßstab ist der Begriff der *Verschuldung*. Nach dem Maße, wie das Recht das Moment der Schuld in den einzelnen Rechtsverhältnissen zu der ihm gebührenden Geltung bringt, bestimmt sich die Kulturstufe desselben. Wer mit dieser Rücksicht die Geschichte des Rechts verfolgen will, wird finden, daß der Fortschritt desselben im wesentlichen in einer fort und fort vervollkommneten und verfeinerten Anwendung des Maßstabes der Verschuldung besteht. Denn das ist das höchste Ziel der Gerechtigkeit, wie in der einen Wagschale das Verdienst, so in der andern die Schuld richtig abzuwägen, das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Verdienst und der Schuld auf der einen und dem Lohn und der Strafe auf der andern Seite.[28])

Messen wir mit diesem Maßstab das ältere Recht, so ist die Stufe, die wir ihm zuweisen müssen, eine niedere. Der Gegensatz der verschiedenen Arten des Unrechts, oder was dasselbe

28) Ich habe diesen Gedanken weiter ausgeführt in meiner Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Gießen 1867.

ſagt: das Moment der Schuld iſt hier noch nicht zum Bewußtſein gekommen. Der Maßſtab, nach dem das alte Recht das Unrecht abmißt, iſt lediglich der der Verletzung und der dadurch hervorgerufenen Irritation des Berechtigten. Der erſt ſpäterhin entdeckte Dieb kommt mit der Strafe des Doppelten davon, der auf der Tat ertappte verliert die Freiheit; wehrt er ſich oder ſtiehlt er bei der Nacht, ſo kann man ihn erſchlagen. Woher dieſe Verſchiedenheit bei im übrigen völlig gleicher Verſchuldung? Der eine begegnet dem Jähzorn, dem ganzen Ungeſtüm des erſten Affekts, für den andern fällt der beruhigende Einfluß der Zeit und die Freude des Eigentümers, eine bereits mehr oder weniger verloren gegebene Sache wiedergefunden zu haben, mildernd ins Gewicht. Derſelben Quelle entſtammt auch die ſchreiende Ungerechtigkeit in der Beſtrafung des inſolventen Schuldners und des fur nec manifestus. Dieſelbe rührt daher, daß der Eigentümer bei jenem das Seinige einbüßt, während er es bei dieſem mit Vorteil zurückerhält. Kurz, es iſt ausſchließlich die Stimme des Verletzten, die dem alten Rechte ſeine Beſtimmungen diktiert hat, es iſt die Gerechtigkeit vom einſeitigen Standpunkte des in ſeinem Rechte Gekränkten.

Es wird jetzt begreiflich werden, daß die obige, unſerer heutigen Wiſſenſchaft entlehnte Unterſcheidung zwiſchen Selbſthilfe und Rache für das ältere Recht nicht völlig zutrifft. Wo die Begriffe des rein objektiven Unrechts (des „unbefangenen“ in der Sprache Hegels) und des ſubjektiven noch nicht praktiſch unterſchieden ſind, die Aufhebung des Unrechts ſtets mit einer Strafe verbunden iſt, da wird auch eine ſtrenge Scheidung der Selbſthilfe, der Rache und ſelbſt der Selbſtverteidigung nicht zu erwarten ſein. Alle drei fallen zuſammen unter den gemeinſamen Begriff der gewaltſamen Reaktion gegen zugefügtes Unrecht, unter den Begriff der vindicta; das Mehr oder Minder dieſer Reaktion, ob ſie ſich beſchränkt auf einfache Abwehr oder Wiedererlangung des Entzogenen, oder ob ſie dieſe Grenzen überſchreitet und noch ein Weiteres erzielt, kommt dabei nicht in Betracht. Der Allgemeinheit

und Unbestimmtheit, in der das alte Recht den Ausdruck „injuria“ gebraucht,[28a]) entspricht die des Ausdrucks „vindicta“;[28b]) die lateinische Sprache — und dies ist höchst charakteristisch — hat für die verschiedenen Zwecke und Richtungen der „vis“ und „vindicta“ selbst noch in späterer Zeit keine besonderen Ausdrücke, die Juristen waren genötigt, die Begriffe zu umschreiben.

Dies vorausgeschickt, wird die obige Anordnung, bei der wir im Interesse der Darstellung die beiden genannten Richtungen der vindicta als Rache und Selbsthilfe voneinander scheiden, gegen die Gefahr, falsche Vorstellungen zu erregen, gesichert sein.

2. Die Rache und die Entstehung der Privatstrafe.

XIa. Von den Arten der Selbsthilfe im weitern Sinne ist die Rache diejenige, welche historisch am frühesten abstirbt. Die Selbsthilfe im engern Sinne trägt ihr Maß und Ziel in sich selbst, sie bezweckt nur die einfache Verwirklichung des Rechts und, normiert nach ihren Voraussetzungen und Formen, vermag sie sich, wie die Geschichte des altrömischen und anderer Rechte lehrt, noch lange mit dem Bestehen einer geordneten Rechtspflege zu vertragen. Aber die Rache ist maßlos; ihr Maß ist das rein Zufällige und Willkürliche der subjektiven Erregtheit des Verletzten, und

---

28a) Injuria: a. im objektiven Sinn bei der Vindikation „quando tu injuria vindicavisti, Gaj. IV 16; b. im subjektiven Sinn in den Worten der XII Tafeln über die Injurienklage: si injuriam faxit actori.

28b) Cicero de inv. c. 53 § 161: vindicatio defendendo aut ulciscendo. Vindicta, vindicare, vindicatio kommt beim Vindikationsprozeß im Sinn der Selbsthilfe, vindex bei der legis actio per manus injectionem in dem der Selbstverteidigung vor. Die Bedeutung dieser Ausdrücke im Sinn von Rache, Strafe ist bekannt. Dieselbe Ununterschiedenheit der Begriffe Rache und Selbsthilfe wiederholt sich im germanischen Recht, Seeger a. a. O. S. 177 fl.

anstatt das begangene Unrecht zu tilgen, steigert sie dasselbe nur, indem sie zu dem bereits vorhandenen neues hinzufügt und Öl ins Feuer gießt. Begreiflich, daß sie am frühesten dem Gesetz der Ordnung erliegt.

So sind es denn nur einzelne Spuren, in denen sie sich im altrömischen Recht erhalten hat, während das System der Selbsthilfe noch in historischer Zeit in vollster Blüte steht. Es möchten etwa folgende sein.[29])

Dem Ehemann, der den Ehebrecher auf der Tat ertappt und ihn im gerechten Zorn tötet, sichert noch das spätere Recht Straflosigkeit zu. Gegen den Dieb erlauben die XII Tafeln dasselbe, wenn er bei Nachtzeit stiehlt, bei Tage dann, wenn er sich zur Wehr setzt; unter allen Umständen fällt der ertappte Dieb (fur manifestus) durch Addiktion von seiten der Obrigkeit dem Bestohlenen zu.[30]) Bei gewissen körperlichen Verletzungen (membrum ruptum) spricht das Gesetz die Strafe der Talion aus.

In allen diesen drei Fällen war das Unrecht des Delinquenten klar, und das Gesetz drückte nur dem, was der Verletzte unter dem Einfluß der erlittenen Kränkung sei es sofort bei der Tat oder nachher zu tun pflegte, den Stempel des Rechtlichen auf.[30a]) Eine von der Sitte, wie es scheint, besonders begünstigte Form der Rache mag die gewesen sein, daß der Verletzte sich der Person seines Gegners bemächtigte und ihn nicht eher wieder entließ, bis derselbe sich losgekauft hatte. Ich folgere dies daraus, daß das spätere Recht in manchen Fällen die Befugnis dazu ausdrücklich anerkannte, z. B. in dem obenerwähnten Fall des furtum manifestum, ferner bei dem zahlungsunfähigen Schuldner und bei allen

---

29) Die Literatur ist sorgfältig zusammengestellt von Rein, Kriminalrecht der Römer. S. 36 u. fl.

30) Es war zweifelhaft, ob als Sklave oder adjudicatus Gaj. III. § 189.

30a) Gegen die Meinung mancher, welche in der verstatteten Tötung des Diebes nur einen Anwendungsfall der Notwehr erblicken wollen (z. B. E. Platner, Quaest. de jure crim. Rom. p. 69 flg.) s. Seeger a. a. O. S. 218—247.

Delikten, die von Sklaven oder von Hauskindern begangen waren. Wenn der Herr oder Vater es nicht vorzog, den durch diese Personen angestifteten Schaden zu ersetzen, so mußte er sie noxae dare, d. h. dem Beschädigten überliefern, damit letzterer selbst sich an ihnen Genugtuung verschaffen oder durch ihre Dienstleistungen sich schadlos halten könne. Es ist die Vermutung ausgesprochen,[31] und ich trete ihr bei, daß „die Noxalklagen ursprünglich die absolute Forderung auf Auslieferung der Schaden bringenden Person zum Zweck der Ausübung der Privatrache enthalten haben". Auch im völkerrechtlichen Verkehr finden wir ein gleiches Recht auf Auslieferung anerkannt. Derjenige Römer, welcher nach völkerrechtlichen Begriffen sich an einem fremden Volk vergangen hatte, wurde der Rache desselben überantwortet, so z. B. derjenige, welcher sich an den Gesandten desselben vergriffen, so der Feldherr, welcher eine sponsio mit dem Feinde geschlossen, die vom römischen Volk oder Senat verworfen war.[32] Die „deditio" erfolgte, „ut populus religione solvatur", damit das Volk selbst sich außer Schuld setze, und in Ausdrücken, die auch bei jener privatrechtlichen noxae deditio vorkommen quandoque ..... noxam nocuerunt .... ob eam rem hosce homines vobis dodo.[33] In jenem ersten Fall liegt eine völkerrechtliche obligatio ex delicto vor, im zweiten eine obligatio ex contractu (aus der sponsio), deren Nichterfüllung auch im privatrechtlichen Verkehr Schuldhaft und demnächstige Sklaverei des Schuldners zur Folge hatte. Der bei der Auslieferung angeführte Grund: ut populus religione solvatur und die Natur der Sache selbst führt uns dazu, für den Privatverkehr denselben Grundsatz anzunehmen, daß nämlich derjenige, welcher den Verbrecher oder Schuldner der berechtigten Selbsthilfe des Verletzten oder Gläubigers zu entziehen sucht, sich an dem Unrecht desselben

31) Dirksen, zivil. Abh. B. 1 S. 104.

32) Mauritius Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Altertum § 71 und § 82.

33) Livius IX. c. 10.

beteiligt, gleiche Schuld auf sich ladet.[34]) Eine Nachwirkung dieses Grundsatzes finde ich noch in der Verpflichtung, die der vindex im römischen Prozeß übernehmen mußte. Wer als vindex[35]) libertatis auftritt, d. h. einen andern, der nach seiner Angabe unrechtmäßigerweise in Sklaverei gehalten wird, durch Klage gegen den Inhaber daraus befreien will, muß ein Sukkumbenzgeld (sacramentum) deponieren, und wer in gleicher Qualität sich des zur Schuldhaft gezogenen Schuldners annehmen will, tritt damit in dessen Verbindlichkeit ein, so daß er im Fall des Unterliegens als Strafe dafür, daß er die Rechtmäßigkeit der Selbsthilfe des Gläubigers bestritten, den Schuldbetrag entrichten muß,[36]) ohne den Schuldner selbst dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. War noch im System der entwickelten Rechtspflege der vindex wegen unbegründeten Einspruches gegen eine rechtmäßige Selbsthilfe einer solchen Strafe ausgesetzt, so wird um so eher in den Zeiten der Selbsthilfe der Satz gegolten haben, daß jeder, welcher der Rache des Verletzten gegen den Schuldigen entgegentrat, sich zum Mitschuldigen desselben machte. Wenn jemand wegen öffentlichen Verbrechens ins Exil getrieben

---

34) Später werden einige Klagen gegen ihn gegeben. S. z. B. die Titel: Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (2. 7) namentlich l. 5 § 1 und l. 6 (is, qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit) und Tit. De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2. 10).

35) Fest. vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur.

36) Dies erhielt sich noch, als statt des vindex der Beklagte selbst den Prozeß übernehmen durfte. Da er gewissermaßen als sein eigener vindex auftrat, so mußte er selber, wenn er unterlag, das duplum zahlen. Ebenso konnte er das irrtümlich gezahlte simplum nicht zurückfordern. Wäre das statthaft gewesen, so hätte jeder sich der Strafe des Doppelten bei der manus injectio dadurch entziehen können, daß er bezahlte und hinterher die Zahlung anfocht, während ohne Zahlung die Bestreitung der Forderung nur durch vindex und mit dem periculum dupli möglich war. Dies ist der Grund, warum in den Fällen „ubi lis crescit inficiando in duplum" die condictio indebiti ausgeschlossen war.

ward, wurde es ausdrücklich allen verboten, ihm zu helfen; wer es tat, beteiligte sich an seiner Schuld; — ganz so, wer den Privatschuldner oder Übeltäter dem verdienten Lose zu entziehen suchte.

Die Rache des Verletzten also hatte freies Spiel; ob sie aber bei jedem geringfügigen Delikt bis zum Äußersten vorschreiten durfte, oder ob ihr je nach Verschiedenheit der Fälle durch die Sitte engere und weitere Schranken vorgezeichnet waren, läßt sich nicht bestimmen. Bei körperlichen Verletzungen erlauben die XII Tafeln die Talion, den Schuldner und Dieb trifft Freiheitsberaubung, im Fall eines Konkurses darf ersterer sogar von seinem Gläubiger in Stücke geschnitten werden.[37] Statt der wirklichen Ausübung der Rache aber mochte ebenso häufig ein Abkaufen derselben vorkommen; die Privatstrafe (poena)[38] der späteren Zeit ist nichts als eine Fixierung dieses Lösegeldes.[39] Wo das Vermögen in der Schätzung des Volks so hoch steht, daß Verletzung desselben für den Dieb Verlust der Freiheit und für den Bankerottierer Verlust des Lebens nach sich zieht, wo man, möchte ich sagen, vom Gelde ausgehend bis zur schwersten Strafe gelangen

---

37) Das in partes secare der XII Tafeln auf künstliche Weise aus dem Wege räumen zu wollen, beweist eine völlige Unfähigkeit sich in den Geist des alten Rechts hineinzudenken.

38) Es ist bereits von andern, z. B. Rein, Das Kriminalrecht der Römer S. 284, und Rubino, Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte B. 1. S. 460 hervorgehoben, daß poena wie das griechische ποίνη ursprünglich die Bedeutung von Sühngeld hat, daher Ausdrücke wie poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere, die sämtlich nicht auf die Vorstellung von „Strafe leiden", sondern von Zahlen einer Abfindungssumme hinweisen.

39) Zu dieser Ansicht sind auch andere gekommen, z. B. Köstlin, Die Lehre vom Mord und Totschlag, S. 29 u. flg., bei dem sich auch die sämtlichen uns erhaltenen Fälle der Privatstrafen des älteren Rechts zusammengestellt finden. Zu der reichen Literatur über die Entstehung des Sühnegeldes (der Komposition) aus der Privatrache bei Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts B. 1. Tübingen 1861 S. 2 ist noch hinzuzufügen Nic. von Tornauw, Das moslemitische Recht S. 239.

kann, da mag man auch rückwärts wieder von der verwirkten Strafe zum Gelde kommen. Für eine beträchtliche Abfindungssumme verzichtete der Verletzte wohl auf die Ausübung der Talion, und seinem Rachegefühl mochte nicht weniger eine Genüge geschehen, wenn sein Gegner ihm das Beste, was er hatte, abtreten mußte, als wenn er ihm einige schwere Wunden beigebracht hatte. In unserer heutigen Zeit, so erwerbsüchtig und geldgierig sie sein mag, ist doch die Beziehung des Eigentums zur Persönlichkeit eine unendlich losere, als sie es auf den niederen Kulturstufen zu sein pflegt.[40]) Der Wert, den ein Individuum und eine ganze Zeit auf das Vermögen zu legen gewohnt ist, bestimmt sich erfahrungsmäßig nach der Mühseligkeit des Erwerbes. Was mit Einsatz von Leib und Leben oder im Schweiß des Angesichts erworben ist, erscheint der Person als ein Stück von ihr selber; wer es verletzt, büßt, wenn er es nicht ersetzen kann, mit seinem Leibe. Vom Standpunkt jener Auffassungsweise aus ist es ebensowenig überraschend, daß die Satisfaktion für eine vermögensrechtliche Verletzung sich gegen die Person, als daß die für eine persönliche Verletzung sich gegen das Vermögen des Gegners kehrt. An Stelle des Geldes die Gliedmaßen (in partes secare), an Stelle der Gliedmaßen das Geld!

Wer das Geld oder Lösegeld nicht selber aufbringen konnte, dem blieb noch die Hoffnung auf Hilfe der Verwandten und Freunde, und diese Hoffnung mochte, wenn er sich dieser Hilfe nicht durch Leichtsinn unwürdig gemacht hatte, selten trügen, wenigstens war sie vom Gesetz selber bei dem Verfahren gegen insolvente Schuldner mit in Anschlag gebracht, es basierte darauf eine eigentümliche Einrichtung des ältesten Prozesses. Die XII Tafeln schrieben vor, daß der von seinem Gläubiger bereits zur Haft gebrachte Schuldner an drei Markttagen öffentlich ausgestellt

---

40) Im zweiten System werden wir diese Anschauungsweise mit ihrer tiefeingreifenden Einwirkung auf das Recht zu schildern versuchen.

werden solle, um zu versuchen, ob nicht irgend jemand ihn einlösen werde, und aus dem vierten Jahrhundert weiß die Geschichte von M. Manlius zu berichten, daß er an vierhundert Schuldner auf diese Weise aus den Händen ihrer Gläubiger errettete.[41]) Spannte der Verletzte seine Forderungen nicht zu hoch, so zahlte der Vater lieber, als daß er sich zur noxae deditio seiner Kinder entschloß, und wo der Täter selber Vermögen besaß, opferte er lieber einen Teil desselben, als daß er sich der Rache des Gegners preis gab. Reichten seine Mittel nicht aus, und hatte er sich des Beistandes seiner Verwandten nicht unwürdig gemacht, so mochten letztere das Fehlende ihm vorstrecken. Lebte der, gegen den er sich vergangen, nicht mehr, so traten die Verwandten als Rächer an dessen Stelle;[42]) ob auch sie die Rache, die sie dem Verstorbenen schuldig waren, sich abkaufen lassen durften, ob dies den Täter gegen die vindicta publica, von der wir später sprechen werden, gesichert haben würde, lassen wir dahingestellt.

Die Höhe der Abfindungssumme bestimmte sich begreiflicherweise nach Verschiedenheit der Fälle sehr verschieden. Die Vermögensumstände der beiden Parteien, ihre Stellung und ihr bisheriges Verhältnis zueinander, daß Maß der Rachsucht auf der einen, das des Trotzes auf der andern Seite, Fürsprache von befreundeten Personen usw. übten hier einen bestimmenden Einfluß aus. Es stand zwar bei dem Verletzten, seine Forderungen ins Maßlose zu spannen, ähnlich wie dies im römischen Prozeß derjenige kann, der durch ein juramentum in litem die litis aestimatio bestimmen soll, allein sein eigenes Interesse veranlaßte ihn, seinem Gegner die Auslösung nicht unmöglich zu machen.[43])

---

41) Liv. VI, 20.

42) Als Ausfluß des Familienprinzips gehört dies in § 14.

43) Man nehme z. B. an, daß er dem ihm zugesprochenen Schuldner das Doppelte von dem abforderte, was letzterer als Sklave wert war, und was er also bei dem vorgeschriebenen Verkauf trans Tiberim aus ihm lösen konnte.

Zur Zeit der XII Tafeln war also jenes System der Privatstrafen noch in der Bildung begriffen. Hinsichtlich einiger Delikte wird noch das ehemalige Recht des Verletzten auf Rache ausdrücklich anerkannt, wenn auch vielleicht in seiner Ausübung an die Autorisation der Behörde geknüpft (Talion beim membrum ruptum, Addiktion beim furtum manifestum), bei andern ist die fixierte Geldstrafe bereits an die Stelle der Rache getreten. Zwar wird uns hinsichtlich dieser letzteren Fälle nicht ausdrücklich bezeugt, daß hier früher die Privatrache gegolten, allein beim furtum manifestum und membrum reptum können wir den wirklichen Hergang noch erkennen, und er gewährt uns einen wichtigen Fingerzeig für das ganze System der Privatstrafen überhaupt. Hinsichtlich ihrer nämlich schimmert zwar in den XII Tafeln die Erwartung durch, daß es stets zum pacisci kommen werde,[46] allein als letztes Mittel lassen sie doch noch die Talion und Addiktion bestehen. In der späteren Praxis hingegen ist von der Anwendung dieses äußersten Mittels keine Rede mehr;[46a] selbst gegen den Willen der Parteien erkennt der Richter auf eine Abfindungssumme. Es macht sich dies, wie Gellius[47] berichtet, in der Weise, daß der Richter auf Talion erkannte, und wenn der Beklagte, qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat. Dieser Modus, daß der Richter zuerst auf das eigentliche Klagobjekt erkannte und hinterher abschätzte, ist zwar dem spätern Recht fremd, allein wir wissen aus anderen Zeugnissen, daß er ursprünglich üblich gewesen ist.[48]

46) Hinsichtlich der Talion bestimmen sie ausdrücklich: ni cum eo pacit, talio esto; hinsichtlich des furtum wissen wir, ohne gerade die Worte zu kennen, daß die XII Tafeln das pacisci erwähnten, I. 7 § 14 de pact. (2. 14).

46a) Einen ähnlichen Entwicklungsgang von der Talion zum Schadenersatz im deutschen Recht s. bei Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 37.

47) Gellius XX. 1.

48) Gaj. IV § 48 „non ipsam rem condemnat, sicut olim fieri

Die Privatstrafen des römischen Rechts erscheinen also dem bisherigen nach als die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich fixierten Preise, für welche die ursprünglich statthaft gewesene Privatrache abgekauft werden konnte und mußte. Es erklärt sich aus diesem Gesichtspunkte, warum die Deliktsklagen des spätern Rechts, wie z. B. die actio legis Aquiliae wegen Beschädigung oder Vernichtung von Sachen, selbst soweit sie reinen Schadenersatz zum Gegenstand haben, nicht gegen die Erben des Täters gerichtet werden können. Daß die Leistung des Schadenersatzes als Strafe aufgefaßt wird, hat für uns etwas Befremdendes, und unser heutiges Recht hat in dieser Beziehung sich vom römischen entfernt.[48a]) Diese Sonderbarkeit erklärt sich aber ganz befriedigend aus der bisher dargestellten Ansicht. Beschädigung fremder Sachen ist ein Delikt, das die Privatrache des Eigentümers hervorruft. Mit dem Tode des Täters aber fällt die Rache hinweg, denn sein Erbe übernimmt zwar das Vermögen und damit die Schulden desselben, nicht aber dessen Feindschaften und Fehden. Da nun die Strafe gezahlt wird, um sich der Fehde zu entziehen, so hat nur der Täter sie zu entrichten, nicht der Erbe. Als natürliche Folge des Delikts gilt nicht der Anspruch auf Schadenersatz, sondern die Privatrache, letztere geht aber über den bloßen Schadenersatz hinaus, denn es ist neben der Sache zugleich die Persönlichkeit des Eigentümers gekränkt, und wenn letzterer sich eine poena oder Abfindungssumme zahlen läßt, so hat dieselbe die Bestimmung ein Surrogat der Rache zu sein, der Rachlust ihre Befriedigung zu gewähren.[48b]) Über dieser persönlichen Richtung

---

solebat." Der Gesichtspunkt des pacisci war durch den richterlichen Zwang nicht ausgeschlossen, es gibt auch eine gezwungene Vereinbarung l. 6 § 3 de his qui not. (3. 2) qui jussu praetoris pretio dato pactus est.

48a) Derselbe Entwicklungsgang im englischen Recht. Rüttimann, Der englische Zivilprozeß. S. 25.

48b) Daher auch die Beschränkung der Pönalklagen auf eine kurze Zeit, „langes Zögern ist mit dem Rachenehmen als Betätigung persönlichen

des Delikts iſt die ſachliche im römiſchen Recht gar nicht zu beſonderer Anerkennung gelangt.[49])

3. Das Zeugengeſchäft.

Intereſſe der Zeugen für den Erfolg der Selbſthilfe — Hypotheſe über die urſprüngliche Beſtimmung der Zeugen (testis = Beiſtand) — Das testamentum in comitiis calatis.

XI[b]. Die für den Erfolg der Selbſthilfe ſo entſcheidende Vorausſetzung der Zweifelloſigkeit des Anſpruchs ließ ſich für alle Anſprüche, welche durch Rechtsgeſchäfte begründet werden, einfach dadurch erreichen, daß man zu letzterem eine hinreichende Zahl von Zeugen zuzog. Die ſolenne Form dafür war die der mancipatio, wie das Geſchäft hieß, wenn es die Gewährung von Eigentum oder ſonſtigen abſoluten Rechten, oder nexum, wenn es die Begründung von ſtrengen Schuldforderungen, den Wechſelforderungen des ältern Rechts zum Gegenſtand hatte. Dort war

---

Rechtsbewußtſeins nicht zu vereinigen — letzteres muß gleichſam auf friſcher Tat ſtattfinden" (Demelius, Unterſuchungen aus dem röm. Zivilrecht I S. 23). Dementſprechende Beſtimmungen nordiſcher Rechte bei Wilda a. a. O. S. 165.

49) Daß der Erbe des Täters das, was durch das Delikt ins Vermögen ſeines Erblaſſers und ſo durch Erbgang auf ihn gekommen iſt, reſtituieren muß, enthält nur einen Ausfluß des Kondiktionenprinzips. Daß aber, wie im Text behauptet iſt, das römiſche Recht über den Geſichtspunkt des Delikts und der darin liegenden Anforderung einer perſönlichen, gemütlichen Genugtuung den Geſichtspunkt des Schadenerſatzes, d. i. der rein vermögensrechtlichen, ſachlichen Genugtuung hintenangeſetzt hat, iſt unleugbar, und man ſollte ſich bewußt ſein, daß hierin eine Grundverſchiedenheit altrömiſcher und heutiger Auffaſſung und ein bedeutender Fortſchritt der letzteren enthalten iſt. Die Anknüpfung dieſer Eigentümlichkeit an das Syſtem der Privatrache iſt hier nur im Vorübergehen verſucht und erklärt dieſelbe nur von einer Seite; von einer anderen Seite wird dies im zweiten Syſtem bei Gelegenheit einer Unterſuchung über den obligatoriſchen Grund der römiſchen Obligationen geſchehen.

das Geschäft eingekleidet in die Form eines Scheinverkaufs (das Weitere s. II 2 S. 537 fl.), hier in die eines Scheindarlehns. In beiden Fällen erfolgte nämlich eine Scheinzahlung in der ursprünglichen Form des Zuwägens durch den libripens; in beiden Fällen hatten fünf Zeugen zu assistieren. Die uns erhaltene Form dieses Geschäfts ist offenbar eine spätere, denn der libripens weist auf die Zeit hin, als bereits das Metall allgemeines Tauschmittel geworden war,[50] sowie höchstwahrscheinlich die fünf Zeugen dieses Aktes erst infolge der Servianischen Verfassung aufgekommen sind,[50a] als Vertreter der fünf Zensusklassen. Worin nun aber auch die älteste Form der mancipatio bestanden haben möge, das Zeugengeschäft selbst gehört bereits dem System der Selbsthilfe an, die Funktion der Zeugen ist hier auf dieser Bildungsstufe des Rechts ungleich wesentlicher und unentbehrlicher als auf den späteren Bildungsstufen.

Wenn nämlich der Berechtigte wegen eines vor Zeugen erworbenen Rechtes zur Selbsthilfe schreiten mußte, so waren es die Zeugen, die er zuerst um ihre moralisch tätige Mitwirkung anging, und letztere erschienen verpflichtet, dieselbe zu gewähren. Für das spätere Recht, in dem die Tätigkeit des Zeugen auf ein Aussagen zusammengeschrumpft ist, bestimmen die XII Tafeln: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium

---

50) Einen andern Grund s. II S. 542. Das Geld, pecu-nia ist etymologisch und sachlich eine Fortbildung von pecus, dem ursprünglichsten beweglichen Wertobjekt, es war ein Surrogat des Viehes, welches das älteste Tauschmittel in Rom war. Noch in relativ später Zeit ward in Vieh gebrücht, daher peculatus = Diebstahl an dem öffentlichen Vieh. Neben Vieh kommt auch das Getreide vor, stips, daher stipendium (stipem dare) Sold. Das aes mit seinen Ableitungen aerarium, aestimare (auf Erz zurückführen, d. i. schätzen) sowie das aes militare (der Getreidesold auf Geld reduziert), equestre, hordearium gehört erst einer relativ spätern Zeit an; Naturallieferungen sind überall das früheste und der Tausch älter als der Kauf.

50a) Fünf Zeugen kommen übrigens auch anderwärts vor, z. B. bei der Aussetzung des ungestalteten Kindes, Dionysius II 15.

fariatur, improbus intestabilisque esto;[51]) im System der Selbsthilfe wird derjenige Zeuge für improbus und intestabilis gegolten haben, welcher jene tätige Mitwirkung bei Ausführung des Geschäftes versagte. Daß diese Art der Mitwirkung eventuell vom Zeugen erwartet und verlangt wurde, soll jetzt näher erwiesen werden; es möge aber hier an die obige Bemerkung erinnert werden, daß es gewiß in den wenigsten Fällen zu wirklichen Tätlichkeiten kam, indem das moralische und physische Gewicht, das der Beistand der Zeugen dem Anspruche des Berechtigten gewährte, nutzlose Versuche des Widerstandes im Keim unterdrückte.

Unser Beweissatz ist also der: der zugezogene Zeuge der ältesten Zeit sichert der interessierten Partei im voraus seinen Beistand zu, oder, wie wir es mit einem Wort ausdrücken können, testis heißt Garant.[52])

In einer Zeit, in der die Partei selbst ihr Recht realisiert, ist notwendigerweise die Stellung und Aufgabe des zugezogenen Zeugen eine ganz andere als in einer Zeit, in welcher der Richter jene Realisierung auf sich genommen hat. In diesem letztern Fall, oder wo der Zeuge bloß zufällig bei dem zu bezeugenden

---

51) Gellius XV. 13. 11. Der Vorwurf der Intestabilität bezeichnete den äußersten Grad der Treulosigkeit und Ehrlosigkeit, der intestabilis war verkehrstot. Gell. VII, 18 adeo intestabiles invisosque fuisse, ut taedium vitae ceperint necemque sibi consciverint. Der zufällige Zeuge hat keine Verpflichtung, er kann das Zeugnis ablehnen, aber der zugezogene ist Vertrauensperson „alligatus" (Isidori Orig. V, 23 testes quos quisque sibi alligat, ne cui sit postea liberum aut dissimulare aut subtrahere se, unde et alligati appellantur) und begeht durch Verweigerung des Zeugnisses den schmählichsten Vertrauensbruch.

52) Eine interessante Parallele bietet die Assise des englischen Rechts, bei welcher sich die Zeugen zu Richtern erheben (Gundermann in Note 26), zum besten Beweis, wie leicht unter Umständen der Schritt von der bloßen Bezeugung des Rechts zur Mitwirkung bei seiner Verwirklichung ist. Verbindung des Bürgen und Zeugen im ältern deutschen Recht (Stobbe, in meinen Jahrb. 12, 150).

Akt gegenwärtig, nicht absichtlich zugezogen war, mag er sich auf bloße Aussage dessen, was er gesehen hat, beschränken. Hier kommt es lediglich auf sein Wissen an, und die Bezeichnung desselben im Germanischen Recht als eines Wissenden[53]) ist daher ganz zutreffend. Ganz anders da, wo es nicht auf Sagen und Klagen, sondern auf Handeln ankommt; hier würde der zugezogene Zeuge durch ein bloßes Sagen dem ihm geschenkten Vertrauen nicht entsprechen; die Wahrheit, die er bezeugen soll, ruht ursprünglich in den Fäusten. Wahr ist nach der Etymologie sowohl der lateinischen als der deutschen Sprache dasjenige, was bewährt, gewahrt wird;[54]) Wahrheit also dasjenige, wofür man einsteht. Wenn dies der ursprüngliche Begriff der Wahrheit ist, so hat vor allem der Zeuge die Aufgabe die Wahrheit zu bewähren.[54a]) Es wäre eine Feigheit von ihm, der Partei, die zum Gegner geht, um sich Recht zu verschaffen, nicht zu diesem zu folgen, eine Feigheit, sie dort, wenn sie Widerstand findet, im Stich zu lassen. Zu diesem Zwecke eben, um das unter seinen Augen begründete Recht mit zu realisieren, hat die Partei ihn zugezogen; wenn sie überall nur durch Beistand dritter Personen zu ihrem Recht gelangen kann, auf wessen Beistand hat sie einen gerechteren Anspruch als auf den desjenigen, der wie kein anderer von ihrem Rechte überzeugt ist? Der testis ist

---

53) Althochd. gewizo (Wissender) Kiwizida, giwiznessi, gewizscaf (Zeugnis) angels. gevita, altnord. vitus (Zeugnis). Das gotische veitvôds (Zeuge) soll auch mit vitan (wissen) zusammenhängen. Das Mittelhochdeutsche geziuge, ziuc usw. und das Niederdeutsche getüge leitet Grimm von ziehen ab, d. i. der Zugezogene.

54) Wahr und verus stammen beide von der Sanskr. Wurzel wri (bedecken, wahren), wovon z. B. auch Got. varjan (wehren) Poln. wara, wiera, Litt. wer-tas; und was gewehrt, gewahrt, bewährt ist, ist wahr. S. Pott a. a. O. B. I. S. 223.

54a) Daher lautet die alte Aufforderung an die Zeugen beim testamentum per aes et libram nicht auf fari, sondern auf testimonium perhibere.

etymologisch der „Beistand“.[55]) Auch bei dem Scheinkampf in der reivindicatio gehen von beiden Seiten Gefährten (superstites) mit; wenn dies beim Scheinkampf nötig schien, so wird es auch bei der wirklichen Selbsthilfe der Fall gewesen sein, und wer hätte hier eher mitgehen müssen als die Zeugen des Geschäfts, das zu dieser Selbsthilfe Veranlassung gab? Auch bei Beginn des Prozesses erscheinen die beiderseitigen Beistände, und wenn der Streit anhängig gemacht ist, ruft man sie zu Zeugen auf (contestari; daher jener Akt litis contestatio). Warum? Für einen Akt, der vor dem Prätor (in jure) geschah, bedurfte es doch wohl nicht der Privatzeugen, sonst hätte man ja zu jedem andern Akt vor dem Prätor z. B. der confessio in jure, der in jure cessio usw. gleichfalls Zeugen zuziehen und aufrufen müssen, während davon nirgends die Rede ist. Jene Zeugen sind die alten Beistände bei der Selbsthilfe, die jetzt mit den Parteien vor den Prätor gehen.

Der Zeuge des ältesten Rechts, der sich noch lange in der mancipatio erhielt und in der Testamentsform des neuesten römischen Rechts letztere sogar überlebte, ist Solennitätszeuge, d. h. die Zuziehung desselben ist ein formelles Requisit des Geschäftes selbst, der Zeuge nimmt teil an demselben, ist ein Mithandelnder und muß als solcher zur Teilnahme aufgefordert sein und sich dazu bereit erklärt haben. Wer nur beim Akt gegenwärtig war, ohne zugezogen zu sein, ist nicht Solennitätszeuge, ungeachtet er das glaubwürdigste Zeugnis abzulegen vermag. Dasselbe gilt von Personen weiblichen Geschlechtes; an Glaubwürdigkeit stehen sie nicht zurück, aber was ihnen fehlt, ist jene physische Kraft des Mannes, durch die er nötigenfalls seine

55) An Stelle der in der ersten Aufl. von mir versuchten unhaltbaren Ableitung des testis von tegere adoptiere ich die von Lange in der Rezension dieses Bandes (Note 6) S. 43 ihr gegenüber gestellte von Bopp, welcher testis als Reduplikation von sta erklärt. Hiernach ist testis „der Beistand“ ähnlich wie die „superstites“ im Text. Hiermit wird auch antistes zusammenhängen.

Worte bewährt, und wegen dieses Mangels sind sie wie zur Vormundschaft, bei der gleichfalls in ältester Zeit die physische Kraft erforderlich ist, so auch zum Zeugnis ungeeignet. Beim Solennitätszeugnis kommt es nicht auf Glaubwürdigkeit an, darum können die Interessenten ihre eigenen Verwandten zuziehen, und auch im neuern Recht noch ist z. B. das Testament gültig, wenn die zugezogenen Zeugen sämtlich Brüder des eingesetzten Erben sind.[55a]) Alle diese Sätze stimmen nicht mit dem Gesichtspunkt, daß der Wert des Zeugen in seinem Wissen liegt, wohl aber erklären sie sich, wenn man von unserm Gesichtspunkt ausgeht, daß der Zeuge der ältesten Zeit eine Garantie des Geschäfts übernehmen soll.

Eine nicht unwichtige Unterstützung der im bisherigen entwickelten Hypothese gewährt das testamentum in comitiis calatis. Man streitet darüber, ob das Volk bei dieser Art der Testamentserrichtung abgestimmt oder bloß die Funktion eines Zeugen ausgeübt habe.[55b]) Wenn man sich für diese letztere Ansicht auf die

---

55a) Die Richtigkeit des im Text Gesagten ist in einer neuern Schrift bemängelt worden. Hätte der Tadler den Unterschied zwischen „Verwandten", wovon ich im Text allein rede, und Personen in der patria potestas beachtet, so würde er sich seine Bemerkung haben sparen können.

55b) Für die erstere Ansicht haben sich neuerdings immer mehr Stimmen vernehmen lassen, insbesondere auch die gewichtige von Th. Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 156 (Aufl. 4), der das Testament ganz treffend als Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge bezeichnet. Die Gegner derselben scheinen das Gewicht der Gründe, auf welche sie sich stützt, gar nicht gefühlt zu haben; die Gründe, auf die sie sich für ihre eigene Ansicht berufen, sind höchst äußerlich und schwach und möchten auch bei der jüngsten Verteidigung dieser Ansicht (Ludw. Lange, Röm. Altert. Bd. I. Aufl. 2) wenig gewonnen haben. Becker, Handb. d. röm. Altert. II. S. 369 verwickelt sich in den Widerspruch, daß er auf der einen Seite das Entscheidungsrecht des Volks verwirft, auf der andern aber meint, „man habe durch die Öffentlichkeit dem möglichen Einspruch nach dem Tode des Testators vorbeugen wollen, da der Widerspruch in der Versammlung selbst hätte erhoben werden müssen" —! womit er implizite anerkennt, daß das Volk im Fall eines solchen Widerspruchs seine Genehmigung habe versagen können.

Ausdrücke testari, testamentum usw. beruft,[56] indem man dabei voraussetzt, daß ihnen der Begriff des gewöhnlichen Zeugnisses zugrunde liege, so muß man meines Erachtens das Argument umdrehen und sagen: testis, testari usw. hat in ältester Zeit eine andere Bedeutung gehabt, weil es undenkbar ist, daß das ganze römische Volk bei jener Testamentserrichtung die Rolle eines gewöhnlichen Zeugen gespielt habe. Warum in aller Welt zum bloßen Zweck der Konstatierung einer Tatsache das gesamte Volk als Zeugen zuziehen? Man begreift in der Tat dies praktische Volk nicht, daß es einen Zweck, der sich auf die einfachste Weise durch einige wenige Zeugen erreichen ließ, auf eine für die Testatoren nicht minder wie für das Volk höchst umständliche und lästige Art hätte verfolgen sollen. Diese Komitien wurden nur zweimal im Jahr gehalten, andere Zeugen konnte man zuziehen, wenn das Bedürfnis drängte, oder der Zufall den Abschluß eines Geschäfts herbeiführte. Warum eines bloßen Zeugnisses wegen ein halbes Jahr warten?

Nein, das Volk hatte etwas anderes zu bieten als ein bloßes Zeugnis, und die Tätigkeit desselben bestand nicht im bloßen Hören, sondern erforderte Abstimmung, das Testament ward durch eine lex genehmigt gleich der so nahe mit ihm verwandten Arrogation, für welche dies ausdrücklich bezeugt ist.[56a] Der Gesichtspunkt, daß das Testament eine lex sei, hat sich noch im spätern Recht in manchen Punkten erhalten. An die Testamentszeugen wird, wie an das Volk bei einem Gesetzvorschlage, eine „rogatio" gerichtet, die Tätigkeit des Testators wird mit „legare"[56b] bezeichnet, seine Anordnungen müssen in imperativischer

56) Z. B. Dernburg (der Ältere), Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 16 u. fl.

56a) Gell. V. 19 per populi rogationem, wo zugleich das Rogationsformular mitgeteilt wird.

56b) So in dem bekannten Satz der XII Tafeln uti legassit super pecunia tutelave suae rei, hier bedeutet legare: legem ferre. Die Bedeutung des Ausdrucks wird in späterer Zeit bekanntlich eine engere.

Form gehalten sein, und in seinen materiellen Wirkungen geht das Testament, wie erst im zweiten System gezeigt werden kann, weit über die Kraft der Privatgeschäfte hinaus und äußert eine Wirksamkeit, wie sie sonst nur bei Gesetzen oder vom Volk ausgehenden Maßregeln vorkommt.[57]) Vom Standpunkt des ältesten Rechts aus können wir von zwei verschiedenen Seiten zu der Einsicht gelangen, daß die Bestätigung des Testaments durch einen Beschluß des Volks eine Konsequenz dieses Rechts enthielt. Einmal nämlich von seiten des Familienprinzips als eine durch das Interesse der Gentes gebotene Sicherungsmaßregel gegen die Willkür letztwilliger Dispositionen — davon kann erst im § 14 die Rede sein —, sodann aber von seiten des hier zur Behandlung stehenden subjektiven Prinzips als durch das eigene Interesse des Testators selbst geboten. Wenn irgendwo, so empfahl es sich gerade beim Testament als besonders zweckmäßig, das Geschäft statt unter die Garantie bloßer Privatzeugen unter die des ganzen Volks zu stellen. Denn das Testament griff mehr als irgend ein anderes Geschäft in eine Menge von Interessen verletzend ein, Interessen nicht bloß einzelner Privatpersonen, sondern ganzer Gentes, traf also auf einen unvergleichlich mächtigeren Widerstand als irgend ein anderes Geschäft. Sodann ist es aber darin einzig in seiner Art, daß es erst nach dem Tode des Disponenten zur Ausführung kommen kann, daß in ihm also nur der ehemalige Wille eines jetzt Willenlosen vorliegt; der Wille erhebt hier den Anspruch, über sein natürliches Ziel hinaus bindende Kraft auszuüben. Sowenig wir heutzutage daran Anstoß nehmen, und sowenig dies die Römer später getan haben, so ist doch die Testierfreiheit ursprünglich

57) Beispielshalber mache ich hier auf zwei Punkte aufmerksam. Der Legatar erwirbt das Eigentum der legierten Sache ipso jure ohne Besitzaneignung, was sonst nur bei Verleihungen von seiten des Volks oder seiner Beauftragten vorkommt. Ferner tritt jedes Rechtsgeschäft des alten Rechts sofort in Wirksamkeit, das Testament aber disponiert wie ein Gesetz über zukünftige Verhältnisse. III, 1, 169. 170.

auch ihnen gewiß nichts weniger als natürlich erschienen. Manche Völker haben sich nie zu diesem Gedanken erheben können, sind vielmehr im wesentlichen immer bei der Intestaterbfolge stehen geblieben: sollte die Rechtsanschauung der ältesten Römer so abnorm organisiert gewesen sein, daß ihnen gleich von vornherein als natürlich erschienen wäre, was sich jenen Völkern für immer entzog? Nein, gerade die Anschauung, mit der wir uns hier beschäftigen, jener Einfluß des physischen Moments im Recht macht es mehr als wahrscheinlich, daß auch die Römer ursprünglich die Erstreckung des subjektiven Willens über die physische Existenz der Person hinaus als etwas Exorbitantes, nicht schon an sich im subjektiven Recht Liegendes betrachtet haben. Da nun aber dennoch, wie wir im § 14 sehen werden, gerade die schroffe Konsequenz des römischen Familienprinzips das Bedürfnis letztwilliger Dispositionen hervorrief, den Römern die Testamente aufzwang, so lag es am nächsten, Streitigkeiten über die Wirksamkeit eines bloß vor Privatgaranten ausgesprochenen letzten Willens dadurch auszuschließen, daß man denselben unter die Garantie des Volks stellte, d. h. eine lex zur Bestätigung desselben nachsuchte. Wie bei jedem andern Beschluß, so erfolgte auch hier eine rogatio an das Volk, und da letzteres abstimmte, so konnte es selbstverständlich diese Genehmigung so gut versagen als erteilen. Der Testator erlangte durch Erteilung derselben eine Sicherheit der demnächstigen Ausführung seines Willens, wie sie ihm die Zuziehung noch so vieler Zeugen zu einem an sich exorbitanten und rechtlich zweifelhaften Geschäft nie hätte gewähren können.

An die Stelle des testamentum in comitiis calatis tritt später das testamentum per aes et libram (d. h. die Manzipationsform). Hatte man sich damit über die ursprüngliche Idee, daß das Testament der Garantie des Volks bedürfe, bereits hinweggesetzt? Wenn die fünf Zeugen der Manzipation, wie allgemein angenommen wird, die Vertreter der fünf Zensusklassen des römischen Volks sind, so bleibt das Manzipationstestament jener ursprünglichen Idee treu, die Kraft desselben beruht dann auf der

vom Volk durch seine Vertreter erteilten Approbation. Es liegt auf der Hand, daß jene Deutung der fünf Zeugen als Volksrepräsentanten durch das Vorhandensein eines Falles, in dem dieselben nachweisbar an die Stelle des gesamten Volks treten, den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit gewinnt. Operieren wir mit dieser Idee, daß diese Zeugen das Volk repräsentieren, weiter, so führt sie uns zu dem Resultat, daß die Manzipation[58] das Mittel ist, um rechtlichen Geschäften auf leichte Weise den Charakter öffentlicher Garantie zu verleihen. Vielleicht pflegte man früher auch für wichtige Dispositionen unter Lebenden, ähnlich wie bei Testamenten, sich den Schutz des Volks zusichern zu lassen; wie es sich damit aber auch verhält, kurz, die durch mancipatio begründeten Rechte stützen sich auf die Autorität des Volks, wir können sie „öffentlich garantierte" nennen.[58a])

Ist das Gesagte richtig, so hat die Zuziehung der testes bei allen Manzipationsgeschäften nicht bloß die Wirkung, lediglich sie, sondern durch sie das ganze Volk in der oben angegebenen Weise zu beteiligen. Kränkung, Verletzung eines solchen Rechts, Widerstand gegen die infolge derselben vom Berechtigten vorgenommene Selbsthilfe ist daher ein Angriff gegen das römische Volk, ein Attentat gegen die anerkannte Rechtsordnung. Aber ist das Recht stets in allen diesen Fällen ein evidentes? Bei

---

58) Es ist bereits oben bemerkt, daß das Nexum nur eine Anwendung der Manzipation auf obligatorische Zwecke enthält, darum braucht das Nexum nicht besonders genannt zu werden.

58a) Für die Idee, daß mittelst der fünf das Volk in seinen fünf Klassen repräsentierenden Zeugen das Manzipationsgeschäft unter öffentliche Autorität gestellt werde, hat sich jetzt auch Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts Bd. I. 1864. S. 157 ausgesprochen. Ob man mit ihm sagt: es erfolge die Übertragung des Eigentums „unter öffentlicher Beglaubigung", sie stütze sich auf „Volkszeugnis", oder mit mir: sie werde unter die Garantie des Volks gestellt, verschlägt nicht viel. Wer das Volk als Zeugen wünschte, verfolgte eben damit einen höhern Zweck, als wir ihn heutzutage bei unseren Zeugen im Auge haben — darauf bitte ich bei Prüfung meiner Ansicht immer zurückzukommen.

dem Schuldner, der ſich in Form des Nexum zur Zurückzahlung der erhaltenen oder als erhalten anerkannten Summe verpflichtet hat, allerdings; er hat ſich ſelber bereits das Urteil geſprochen. Bei der mancipatio dagegen hängt das Recht nicht lediglich von dem Akt, ſondern zugleich von dem Eigentum des Beſtellers ab. Möglich iſt es, daß letzterer die Sache geſtohlen hat, und daß der vermeintliche Berechtigte dem wirklichen oder ebenfalls nur einem vermeintlichen Berechtigten gegenüberſteht. Da kommen von beiden Seiten die fünf Zeugen, welche den Akt der Manzipation bezeugen (superstites). Soll es hier zur Selbſthilfe kommen? Sie wäre ein reines Spiel der Gewalt, der Stärkſte würde ſiegen. Da greift die Obrigkeit in den Kampf ein und gebietet ihm Halt (mittite ambo hominem); der Streit der Fäuſte, das manum conserere, endet mit der Einleitung des Prozeſſes (§ 12).

4. Die Formen und der Umfang der legalen Selbſthilfe.

Die ſolennen Formen der Selbſthilfe: die manus injectio und die pignoris capio — Prozeſſualiſche Beſtreitung ihrer Rechtmäßigkeit (Impugnations- und Juſtifikationsverfahren) — Die formloſe Selbſthilfe.

XI[c]. Die Selbſthilfe erſcheint im ältern Recht in dreifacher Geſtalt: als *ſolenne*, welche an die Beobachtung einer gewiſſen Form geknüpft iſt; als *formloſe*, bei der es deſſen nicht bedarf, und als reiner *Scheinakt*, bei dem ſie zur *bloßen* Form herabgedrückt iſt. Die erſtere, die gleich der dritten im neuern Recht völlig abgeſtorben iſt, wird den Hauptgegenſtand der folgenden Ausführung bilden, und zwar werden wir uns dabei, ohne minder wichtiger Akte zu gedenken, auf die zwei Hauptfälle derſelben, die manus injectio und die pignoris capio beſchränken.

Das Äußerliche dieſer beiden Akte iſt allbekannt. Die manus injectio beſtand in der Bemächtigung der Perſon des Schuldners,

die pignoris capio in einer Pfändung seiner Sachen, die eine war also ein Akt der Personal-, die andere ein Akt der Realexekution. Beide waren an gewisse Voraussetzungen und Formen gebunden, die uns hier nicht weiter interessieren. Dagegen ist es ein anderer Punkt, der bisher die gebührende Beachtung noch nicht gefunden hat und uns eben darum zu einem nähern Eingehen auffordert.

Bei der Schilderung des älteren Prozesses der Legisaktionen berichtet Gajus (IV, 12), daß es fünf Arten desselben gegeben habe („modi quibus lege agebatur") und als zwei derselben nennt er die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem. Wären letztere nun nichts als Akte der solennen Selbsthilfe gewesen, hätten sie nicht zu einem prozessualischen Verfahren führen können, so wäre jene Klassifikation, die sie mit den übrigen Prozeßarten auf eine Linie stellt, in meinen Augen von dem Vorwurf eines groben logischen Verstoßes gar nicht freizusprechen. Eine außergerichtliche Pfändung ließ sich doch unmöglich als eine Art des Prozesses, die Exekution des gesprochenen Urteils durch manus injectio nicht als neuer Prozeß bezeichnen.

Unsere Wissenschaft hat an diesem so gewichtigen Bedenken meines Wissens bisher keinen Anstoß genommen, jedenfalls nicht den Versuch gemacht, es zu erledigen. Die legis actio per pignoris cap. insbesondere wird ganz allgemein als außergerichtlicher Akt der Selbsthilfe aufgefaßt, bei dem es zu einem Prozeß nie gekommen sei.[59]) Es ist Zweck der folgenden Darstellung, den Nachweis zu liefern, daß die beiden genannten Legisaktionen in der Tat wirkliche Prozeßarten gewesen sind. Freilich nicht

---

59) Puchta, Kursus der Instit. II. § 162; Keller, Röm. Zivilprozeß § 20; Rudorff, R. Rechtsgesch. § 25. In konsequenter Durchführung dieser Idee schließt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 90 die pignoris capio sogar von dem System des alten Prozesses völlig aus und behandelt sie bei Gelegenheit der Selbsthilfe.

schlechthin, wie die drei übrigen, sondern nur bedingt, nämlich wenn dem Gläubiger das Recht zur Vornahme der Selbsthilfe bestritten ward. In diesem Fall kam es zu einem Prozeß, in dem der Gläubiger das ihm bestrittene Recht zu beweisen, den einseitig vorgenommenen Akt zu justifizieren hatte. Im entgegengesetzten Fall bedurfte es dessen nicht.

Rücksichtlich der manus injectio ist uns dies von Gajus (IV, 21—25) ausdrücklich bezeugt. Nachdem der Gläubiger diesen Akt am Schuldner, wo er ihn gerade traf, vollzogen hatte, sollte er ihn vor Gericht führen[59a]) — nicht etwa, wie man wohl angenommen hat, um ihn sich hier vom Prätor addizieren zu lassen[59b]) — sondern weil die definitive Entscheidung über den ferneren Verlauf nur vor Gericht erfolgen konnte. Fügte sich der Schuldner, so hatte das Gericht nichts weiter mit ihm zu tun. Der Gläubiger nahm ihn mit nach Hause und fesselte ihn, ohne daß es dazu der obrigkeitlichen Ermächtigung bedurft hätte. Wozu auch? Er war ja geständig und wußte, was seiner harrte.

Im entgegengesetzten Fall aber, wenn er der manus injectio

59a) Worte der XII Tafeln bei Gell. XX, 1, 45: aut quis endo eo in jure vindicit. (Bruns fontes juris Rom. ant. ed. III, p. 18.)

59b) In den XII Tafeln ist von einer Addiktion durch den Magistrat nicht die Rede, es heißt hier einfach: ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, ducito, und auch Gaj. IV, 21 sagt: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur, und ebenso § 25 daselbst ohne einer darauf gerichteten Verfügung des Prätors Erwähnung zu tun. Ob diesen gewichtigen Zeugnissen gegenüber der Bericht von Gellius XX, 1, 44 ad Praetorem ducebantur et ab eo ... addicebantur eine sonderliche Autorität beanspruchen kann, überlasse ich dem Urteil eines jeden. Wenn von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 118 Note 12 fragt: „Aber wozu dies in jus ducere, wenn der Kläger keine Anerkennung seines Rechts durch den Staat bedurfte?“ so verweise ich auf Note 59a: Der vindex kann nur „in jure“ auftreten, und da jede manus injectio die Möglichkeit seines Auftretens offen lassen muß, so kann der definitive Ausgang derselben nur in jure entschieden werden. Daraus ergibt sich der Ungrund der Unterscheidung, die derselbe Schriftsteller S. 160 zwischen dem judicatus und nexus aufstellt.

einen Widerstand entgegensetzte, ich meine nicht einen faktischen, sondern einen rechtlichen, d. h. wenn er das Dasein ihrer Voraussetzungen: die Existenz, den Betrag der Schuld, die Beobachtung der gesetzlichen Fristen, kurz wenn er ihre Rechtmäßigkeit bestritt, in diesem Fall kam es nach dem Recht der XII Tafeln darauf an, ob er jemanden fand, der statt seiner diesen Prozeß übernehmen wollte; er selber ward als Prozeßpartei nicht zugelassen, mit seinem Stellvertreter, dem Vindex, ward dann der Prozeß sofort anhängig gemacht. Dafür aber, daß dieser die Exekution des Gläubigers aufgehalten hatte, haftete er im Unterliegungsfall zur Strafe ganz so wie der Schuldner, also neben ihm, woraus sich ergibt, daß er in diesem Prozeß die Rolle des Beklagten inne hatte. Fand sich kein Vindex, so war der Widerspruch des Schuldners wirkungslos; er ward ganz wie im obigen Fall vom Gläubiger abgeführt. Die Härte dieser Einrichtung ist nicht so groß, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte. Wer eine gerechte Sache hatte und seine Freunde und Verwandten davon zu überzeugen vermochte, dem konnte es an einem Vindex so leicht nicht fehlen; war es doch eine Ehrenpflicht, einem bedrängten Verwandten in ähnlichen Fällen beizuspringen (§ 14). Fand sich in ihrer Mitte niemand, der des Rechts genugsam kundig war, um den Prozeß zu führen, so war es nicht schwer, eine geeignete Person zu gewinnen, wenn man ihr nur das Risiko abnahm, also die nötige Deckung einhändigte oder zusicherte. Nur wenn der Beklagte weder selber die Mittel hatte, um in dieser Weise sich eines Vindex zu versichern, noch auch Verwandte oder Freunde bestimmen konnte, in der einen oder andern Form sich seiner anzunehmen, nur in diesem Falle war ihm der Rechtsweg abgeschnitten. Aber war ihm nicht eben damit, daß er niemanden gewinnen konnte, der sich auf seine Seite stellte, selbst unter denen nicht, welche Sitte und Ehre verpflichtete, bei gerechter Sache zu ihm zu halten, war ihm nicht eben damit das Urteil bereits gesprochen? Es war ein ganz ähnliches Verhältnis, wie wenn im germanischen Prozeß jemand

keine Konsakramentalen finden konnte. Beide Institute, das des Vindex und das der Konsakramentalen hatten ganz denselben Zweck, den einer Garantie gegen frivoles Prozessieren; sie stellten den streitenden Teil unter die Kontrolle seiner Freunde und Verwandten. Spätere Gesetze schufen im römischen Prozeß für gewisse Fälle eine Erleichterung, indem sie dem Beklagten verstatteten: manum sibi depellere, d. h. als sein eigener Vindex aufzutreten (manus injectio pura). Die Einführung dieser neuen Prozeßform und die Beibehaltung des Namens wäre unerklärlich, wenn nicht das Charakteristische des ursprünglichen Verfahrens, die Strafe, die den unterliegenden vindex traf, beibehalten worden wäre; mit dem Recht war auch die Haftung des vindex auf ihn übergegangen.[59c])

Aus dem bisherigen erhellt, daß man von einer legis actio per manus injectionem im Sinn einer Prozeßart nur dann reden konnte, wenn der Beklagte mit oder ohne vindex die Rechtmäßigkeit der manus injectio bestritt; nur hier ward der Prätor tätig, nur hier kam es zu einem Rechtsstreit und zu einer Entscheidung. Im entgegengesetzten Fall hingegen geschah nichts von alledem, die manus injectio war dann vielmehr nichts weiter als ein solenner Akt der Selbsthilfe. Ist es eine gewagte Vermutung, daß den alten Juristen bei der Benutzung des obigen Ausdrucks nur der erste Fall vor Augen geschwebt habe? In der Darstellung des Gajus erscheint das „vindicem dare, qui pro se causam agere solebat" offenbar als das Normale, als das, was sich zunächst an die manus injectio anreiht, das „domum

---

59c) So auch Keller, Zivilprozeß § 19 und Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 163; a. M. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II. § 24. Als Beispiele der manus injectio pura nennt Gaj. IV, 23 die lex Marcia adversus feneratores und die lex Furia testamentaria; bei beiden ist die Strafe für das frivole Prozessieren (die hier auf das Vierfache gesteigert war) ausdrücklich bezeugt (B. III, 1, 105). Diese Folge, in späterer Zeit mit dem Ausdruck: lis inficiando crescit in duplum bezeichnet, ward auch in Fällen eingeführt, wo nie eine manus injectio stattgefunden hatte.

duci et vinciri" nennt er erst in zweiter Linie, und bei der manus injectio pura erwähnt er es überhaupt nicht einmal.

Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung zwischen der manus injectio als Prozeßart und als solennem Akt der Selbsthilfe wird nicht unerheblich dadurch unterstützt, daß der Ausdruck manus injectio und manus injicere sowohl von juristischen als nichtjuristischen Schriftstellern nicht selten lediglich in letzterm Sinn gebraucht wird, vor allem in Anwendung auf Sklaven,[60]) bei Gelegenheit der vindicatio in servitutem und bei Geltendmachung sonstiger Rechte — Anwendungsfälle, in denen man mit Recht das Dasein einer legis actio (im Sinn eines prozessualischen Verfahrens) bestritten hat.[60a]) Für unsern gegenwärtigen Zweck haben diese Anwendungsfälle jedenfalls das Interesse, uns zu zeigen, daß der Bereich der manus injectio als eines rechtlich gestatteten Aktes der Selbsthilfe mit dem Umfang, in dem sie bei Gajus a. a. O. erscheint, nämlich in Anwendung auf die Exekution von Geldforderungen nicht zusammenfällt.[61])

In dieser letzteren Richtung fand sie nach älterem Recht in drei Fällen unleugbarer Schuld statt, nämlich auf Grund einer per aes et libram begründeten Forderung (Nexum,[62]) wohin auch

---

60) Ein reiches Material bei Brissonius de form. V. c. 19, wozu noch Seneca de constant. c. 5 bona, in quae non est manus injectio und de vita beata c. 23 nihil, quo manus injiciat nachgetragen werden möge. Stellen über die manus injectio an Sklaven s. bei Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II. § 24.

60a) Rudorff a. a. O.

61) In diesem weitern Sinn definiert Serv. ad Virg. X, 419: Manus injectio dicitur, quoties nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

62) Rücksichtlich des Weitern verweise ich auf die Kompendien der römischen Rechtsgeschichte. Die XII Tafeln hatten das Nexum als rechtsverbindlich anerkannt (Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto), bei Gelegenheit der manus injectio jedoch nur der beiden anderen Fälle (aeris confessi rebusque jure judicatis) Erwähnung getan. Wenn man nicht verkehrterweise annehmen will, daß im erstern

das Damnationslegat gehörte; einen anderen angeblichen Fall s. unten), sodann auf Grund der confessio in jure und schließlich auf Grund des Urteils.

Nach heutiger Auffassung hätte der Fall der richterlichen Verurteilung obenan gestellt werden müssen, denn ihr zufolge ist das richterliche Urteil die normale Voraussetzung der Exekution, die übrigen Fälle der manus injectio erscheinen ihr nur als solche, auf welche die Kraft des richterlichen Urteils übertragen ist. Für unsere heutige Zeit und auch für die der klassischen römischen Juristen ist diese Auffassung durchaus richtig, letztere bezeichnen geradezu Eid und Geständnis als Surrogate des richterlichen Urteils. Allein ich halte es für grundfalsch, eine solche Auffassung ins ältere römische Recht hinüberzutragen;[63]) das Verhältnis zwischen dem richterlichen Urteil und dem Geständnis usw. war hier gerade das entgegengesetzte. Das richterliche Urteil stützte seine Kraft lediglich darauf, daß der Beklagte dasselbe im voraus für verbindlich erkannt hatte. Anstatt daß nach jener Ansicht die Partei ihr Recht zur manus injectio mittelbar oder unmittelbar vom Richter hätte ableiten müssen, empfing letzterer umgekehrt, wie wir später (§ 12) sehen werden, seine ganze Machtbefugnis erst aus der Hand der Parteien.

Ob die manus injectio nicht noch in anderen Fällen zur Anwendung gelangt sei, ist streitig. So zunächst im Fall des

---

Fall die näheren Modalitäten über die Exekution, insbesondere auch die „dies justi" ganz der Vereinbarung der Parteien überlassen bleiben sollten, so wird man in dem „aeris confessi" eine Hinweisung auf das Nexum zu erblicken haben.

63) Aus Gaj. IV § 21—23 folgern zu wollen, daß nach dem Vorbilde der manus injectio judicati jede andere im älteren Recht pro judicato genannt worden sei, womit die obige Ansicht bewiesen wäre, halte ich für verkehrt. Denn Gajus beschränkt sich bei seiner Darstellung auf die species der manus injectio judicati und deren Nachbildungen, und letztere nennt er pro judicato; von den anderen Anwendungsfällen der manus injectio im ältern Recht hingegen, von denen die wegen nexum schon früh unpraktisch ward, spricht er überall nicht.

Eides.[63a]) Wenn die Auffassung der späteren römischen Juristen, welche den Eid dem Urteil gleichstellen[63b]) maßgebend sein könnte, so würde die Frage zu bejahen sein; für den in jure abgeleisteten Eid boten sogar die Worte „aeris confessi" einen gesetzlichen Anhaltspunkt, denn wer unter der Bedingung eines vom Gegner abzuleistenden Eides zu zahlen versprochen hatte, mußte nach erfüllter Bedingung als confessus gelten. Daß durch gerichtliches Bekenntnis nicht bloß eine bestehende Schuld anerkannt, sondern auch eine nicht bestehende begründet werden konnte, wird nicht zu bezweifeln sein.[63c])

Ein anderer zweifelhafter Fall, den man hierher hat ziehen wollen,[63d]) ist der der actio auctoritatis. Wer eine res mancipi verkauft und manzipiert hatte, haftete im Fall der Eviktion für den doppelten Kaufpreis. Der Umstand, daß diese Klage von vornherein auf das Doppelte ging,[63e]) nicht erst infolge des Leugnens sich zu diesem Betrage steigerte, sowie daß sie durch wirkliche Zahlung des Kaufpreises bedingt war, welche zu beweisen stand, schließt in meinen Augen den Gedanken an die manus injectio aus. Hätte letztere hier zur Anwendung gelangen sollen, so hätte dieser doppelte Betrag sich nochmals verdoppeln müssen, was ebensowenig wahrscheinlich als bezeugt ist. Richtiger dürfte die Strafe des Doppelten an die Idee des furtum nec manifestum angeknüpft werden; der Verkäufer hatte den Versuch gemacht, den Käufer um den Kaufpreis zu bringen.

In den XII Tafeln ward die manus injectio auch gegen den-

63a) Verneint von Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV. S. 347 fl. und Rechtsgesch. a. a. O., bejaht von mir in der ersten Auflage dieses Werkes.

63b) S. die Stellen in Note 70.

63c) Hierauf macht Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 157 aufmerksam. Ob freilich „die gesetzliche Zahlungsfrist durch Nebenabrede leicht auf den Verfalltag der Schuld erstreckt", die triginta dies justi des Gesetzes also verkürzt oder verlängert werden konnten, ist mir sehr zweifelhaft.

63d) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 161.

63e) So bezeugt wenigstens Paul. S. R. II, 17. 3.

jenigen verſtattet, welcher ſich weigerte, der an ihn ergangenen in jus vocatio Folge zu leiſten. War dies eine manus injectio in unſerm obigen Sinn? [63f])

Unter dieſer Vorausſetzung würde der Beklagte als geſtändig oder verurteilt gegolten haben, und hätte nur vermittels eines vindex in der oben angegebenen Weiſe den Prozeß aufnehmen können. Oder bedeutete die manus injectio hier bloß die Anwendung phyſiſcher Gewalt? [64]) Für die erſte Annahme ſpricht das Bedürfnis der Androhung einer Strafe gegen eine ſolche Widerſetzlichkeit; [64a]) war letztere ſtraflos, ſo konnte der Beklagte es immerhin verſuchen, ſich der in jus vocatio zu entziehen und damit die Einleitung eines Verfahrens zu verhindern. Und geſchah ihm etwa Unrecht, wenn man in ſeiner Weigerung, die Sache zur gerichtlichen Verhandlung gelangen zu laſſen, ein ſtillſchweigendes Einverſtändnis erblickte? [64b]) Die Gegner vermögen dieſer Anſicht nichts weiter als den Mangel eines ausdrücklichen Zeugniſſes entgegenzuſetzen. Für die Frage von der Ausdehnung der Selbſthilfe im ältern Recht hat übrigens dieſe Differenz gar kein Intereſſe; es genügt, daß der Kläger auch in dieſem Fall zur Anwendung von Gewalt berechtigt war.

Wenden wir uns nunmehr der pignoris capio zu, von der die fünfte legis actio in der Darſtellung des alten Prozeſſes bei Gajus ihren Namen trägt. Für gewiſſe Forderungen von teils religiöſer, teils militäriſcher, teils politiſcher Beziehung durfte der Berechtigte einſeitig ohne Mitwirkung der Obrigkeit und ſelbſt in Abweſenheit des Gegners ein Pfand nehmen (Gaj. IV, 27. 28),

---

63f) So Puchta, Kurſus der Inſtit. II. §160.

64) So Keller, Der röm. Zivilprozeß § 46, Rudorff, Röm. Rechtsgeſch. II. S. 209, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 106.

64a) Im ſpätern Recht anerkannt: I. 2 § 1. si quis in jus vocat. (2. 5) ex causa . . multa . . damnabitur. Gaj. IV, 46. Das Bedürfnis der Strafe ſcheint ſelbſt von den Verteidigern der entgegengeſetzten Anſicht gefühlt zu werden, ſo z. B. von Rudorff, a. a. O., der für die ältere Zeit von „ebenſo unzulänglichen als tumultuariſchen Auftritten“ ſpricht.

64b) Liv. III. 57 Si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere.

eine Form der Selsthilfe, die gleich dem römischen auch manche andere Rechte aus der Urzeit mit hinüber genommen haben.[64c]) Wie oben bemerkt, so faßt man jene legis actio ganz allgemein als einen reinen Akt der Selbsthilfe auf, bei dem es zu einem gerichtlichen Verfahren überall nicht gekommen sei. Der Berechtigte, meint man, habe das Pfand verkauft, wenn es nicht eingelöst ward; über die Einlösung aber hätten bestimmte Regeln bestanden.

Daß die Pfändung diesen Verlauf nehmen konnte, ist unzweifelhaft; wozu ein Prozeß, wenn der Gepfändete das Recht des Gegners anerkannte? Allein wie, wenn dies nicht der Fall war? An diese Möglichkeit scheint die herrschende Ansicht gar nicht gedacht zu haben, und auch Gajus erwähnt derselben nicht. Und doch ist es klar, daß das alte Recht auch sie berücksichtigt haben muß, denn sonst hätte ja jeder aufs Geratewohl pfänden können, und der Gepfändete hätte das Nachsehen gehabt. Eine legis actio per pignoris capionem ohne die Garantie ihrer Rechtmäßigkeit, d. h. ohne ein Verfahren, welches die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit zum Gegenstand hatte, wäre ein Freibrief zur Vornahme willkürlicher Pfändungen, zu Raub und Gewalt gewesen. Kurz, was uns für die Personalexekution ausdrücklich bezeugt ist, muß auch für die Realexekution gegolten haben; wie dem Akt der manus injectio, so muß sich auch dem der pignoris capio erforderlichenfalles ein Verfahren angeschlossen haben, das die Prüfung seiner Rechtmäßigkeit zum Zweck hatte. Daß dies Verfahren in gleicher Weise, wie das über die manus injectio eingeleitete als legis actio per manus injectionem bezeichnet ward, nach dem Namen des Aktes, der dazu Veranlassung bot, legis actio per pignoris capionem genannt worden sei, dürfte schwerlich als gewagte Vermutung gelten.

64c) So z. B. das griechische (Hefftter, Athen. Gerichtsverfahren S. 454, Meier und Schömann, Attischer Prozeß S. 747), das germanische und englische (Wilda, Zeitschr. f. Deutsch. R. I. S. 167 fl., Rüttimann, Der englische Zivilprozeß S. 10 fl.), das dänische (zugunsten öffentlicher Lasten) K. Maurer, Krit. Vierteljahrsschr. 13, 372.

Man könnte ſich dasſelbe nun in der Weiſe denken, daß der Gepfändete dabei die Rolle des Klägers inne gehabt hätte, etwa nach Art der act. negatoria. Es läßt ſich, wie ich glaube, mehr als wahrſcheinlich machen, daß das Gegenteil ſtattfand. Zu den Forderungen, welchen das Privilegium der pignoris capio zur Zeit des Legisaktionsprozeſſes zuſtand, gehörte auch die der Publikanen auf Entrichtung der Zölle (Gaj. IV, 28). Dies Privilegium verblieb ihnen auch nach Einführung des Formularprozeſſes,[65] und es iſt uns eine Notiz aufbewahrt (Gaj. IV, 32) über die prozeſſualiſche Geſtalt, die es hier an ſich trug. Der Publikane klagte gegen den Gepfändeten auf Einlöſung des Pfandes zu dem Satz, der dafür von altersher hergebracht war, alſo offenbar auf mehr als auf den einfachen Zollſatz. Wenn Gajus nun dieſe Klage als eine actio fictitia, die der legis actio per pignoris capionem nachgebildet ſei, bezeichnet,[66] ſo kann dieſe Fiktion den Sinn haben, entweder: der Publikane hat die Klage, auch wenn er nicht gepfändet hat, gleich als ob er es getan hätte — oder aber: er hat die Klage nur, wenn er gepfändet, gleich als ob er es nach altem Rechte getan. Ohne die erſtere Annahme auszuſchließen, glaube ich doch mit Bezug auf die Stelle von Cicero in Note 65 auch die zweite verteidigen zu dürfen. Wenn Cicero hier den bekannten juriſtiſchen Sprachgebrauch, demzufolge petitor den Kläger, possessor den Beklagten bezeichnet, beobachtet hat, ſo hat er mit den Worten: quum in his omnibus publicanus petitor ac pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse auch dem pfändenden Publikanen die Rolle des Klägers zugewieſen.[67]

---

65) S. z. B. Cic. in Verrem III, 11, 27: publicanus petitor ac pignerator.

66) Dies geht insbeſondere auch aus dem Gegenſatz des § 33 daſelbſt hervor: nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur.

67) Die Stelle iſt neuerdings behandelt von Degenkolb, Die lex Hieronica. Berlin, 1861. S. 52 ff.

Diese für den Formularprozeß bezeugte Klage ist es, die ich als legis actio per pignoris capionem in den Legisaktionenprozeß zurückversetze. Aber wozu, kann man fragen, eine solche Klage? Etwa um den Gegner zur Einlösung zu zwingen, angenommen nämlich, daß es dem Gläubiger nicht freistand, das Pfand zu verkaufen? Diese Annahme enthält vom Standpunkt des älteren Rechts aus durchaus keine Unwahrscheinlichkeit, denn es ist bekannt, daß selbst das vertragsmäßige Pfand das Verkaufsrecht ursprünglich nicht in sich schloß, um wieviel weniger, möchte man folgern, das einseitig ergriffene. Wie es sich damit aber auch verhalte — unter allen Umständen bot die Klage dem Beklagten die oben (S. 159) postulierte rechtliche Form, die Rechtmäßigkeit der Pfändung zu bestreiten. Der Kläger, der die Einlösung von ihm begehrte, hatte nach allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen seines Anspruchs, also die Existenz und den privilegierten Charakter sowie den Betrag seiner Forderung zu beweisen, die Klage gestaltete sich also eben damit zu einem Impugnations- und Justifikationsverfahren in bezug auf die vorgenommene pignoris capio. Es ist aber klar, daß dieses Mittel nur unter der Voraussetzung ein ausreichendes war, daß es nicht bloß vom Kläger, sondern auch vom Beklagten abhing, ob es zur Klage kommen sollte. Es bedarf nur der Verweisung auf die entsprechende Gestalt der legis actio per manus injectionem, um diese Annahme einer Verpflichtung zur Klage gegen den Vorwurf des Gezwungenen und Unnatürlichen zu rechtfertigen. Stieß die manus injectio auf Widerspruch, so mußte der Gläubiger, und zwar als Kläger (S. 153) sie justifizieren. In beiden Fällen, kann man sagen, konstituierte sich derjenige, welcher die Selbsthilfe vorgenommen hatte, eben damit eventuell zugleich als Kläger für das Justifikationsverfahren.

Habe ich hierin das Richtige getroffen, so sind damit zwei Fragen, auf die man bisher nicht einmal den Versuch gemacht hat eine Antwort zu erteilen, in befriedigender Weise gelöst. Zuerst nämlich die: wie kam die legis actio per pignoris capionem

dazu unter den Prozeßarten zu figurieren? Und ſodann die: welchen rechtlichen Weg gab es für den Gepfändeten, ſich gegen eine unrechtmäßige Pfändung zu ſchützen? Zugleich gewinnen damit die beiden Legisaktionen zum Zweck der Privatexekution eine unerwartete Übereinſtimmung unter ſich und einen ſcharfen Gegenſatz zu den drei übrigen. Beide fallen nämlich zuſammen unter den Geſichtspunkt eines durch die Einſprache des Gegners veranlaßten Juſtifikationsverfahrens für einen Akt der ſolennen Selbſthilfe; bei beiden hat der Gläubiger die Rolle des Klägers zu übernehmen. Nur darin unterſcheiden ſie ſich, daß bei der manus injectio, wo die Einſprache des Gegners ſofort laut werden kann, auch das Verfahren ſelber ſofort anhängig gemacht werden ſoll, während dies bei der pignoris capio, die auch in Abweſenheit des Gepfändeten ſtatthaft war, erſt hinterher möglich war. Ob die ältere Jurisprudenz den Namen einer legis actio auf beide auch in dem Fall angewandt habe, wenn ſie zu einem prozeſſualiſchen Verfahren überall nicht führten, möge dahingeſtellt bleiben; jedenfalls ſchloſſen ſie im Moment ihrer Vornahme die Möglichkeit eines ſolchen — den erſten grundlegenden Akt — in ſich und konnten daher mit Rückſicht darauf immerhin legis actiones, d. h. Einleitungsformen des Prozeſſes genannt werden.

Fände der Begriff der Selbſthilfe auf die Staatsbehörde und deren Akte Anwendung, ſo müßte den beiden bisher erörterten Fällen der Privatexekution noch die Exekution der Anſprüche des Staats hinzugefügt werden, die regelmäßig rein auf dem Wege der Verwaltung ohne Beſchreitung des Rechtsweges erfolgte.[68]) Ausnahmsweiſe ward jedoch auch für ſie der Rechtsweg dem Gegner eröffnet, dann nämlich, wenn der Anſpruch gegen ihn nicht publiziſtiſcher, ſondern privatrechtlicher Natur war, d. h. nicht in dem Subjektionsverhältnis der Bürger zur Staatsgewalt, ſondern in einem von ihr mit ihnen abgeſchloſſenen Kontrakt ſeinen Grund hatte. Hier, wo der Staat als Privatgläubiger

68) von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 95 ff.

dem Schuldner gegenüber stand, durfte er ihm billigerweise die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs nicht abschneiden. Es war eine ganz eigentümliche Form, in der man sie ihm gewährte. Die Staatsbehörde nämlich trat nicht selbst als Klägerin auf; ob, weil sie es nicht für geziemend hielt sich mit einer Privatperson in einen Prozeß einzulassen und sich der Gefahr des Unterliegens auszusetzen, oder weil man die Unbefangenheit des Richters und das Interesse der Verteidigung durch das Übergewicht, das sie über den Beklagten besaß, für gefährdet hielt, bleibe dahingestellt; kurzum sie verkaufte und zedierte den Anspruch und stellte damit der Privatperson eine Privatperson entgegen, die im Wege des gewöhnlichen Verfahrens den Anspruch verfolgte. Dadurch unterschieden sich die Staatsschuldner „praedes" von den Privatschuldnern; „praedes vendere" hieß nicht sie selber, sondern die Forderung gegen sie auf einen andern übertragen.[68a])

Außer den beiden bisher erörterten Akten der solennen Selbsthilfe bietet das älteste Prozeßverfahren noch einen andern Fall dar, in dem dieselbe ebenfalls, aber nur als bloßer Scheinakt, zur Erscheinung gelangt. Es ist der bekannte S. 150 bereits berührte Scheinkampf, mit dem der Vindikationsprozeß eröffnet wird. Der zur Bezeichnung desselben dienende Name vindicatio sowie die dabei vorkommende vindicta, jener unvermeidliche, hier in einen Stab verwandelte Speer zeigen, daß es sich dabei um eine vis (vis civilis, festucaria bei Gellius XX § 10) handelt;[69]) der Akt wird auch mit manum conserere = handgemein

68a) Das Weitere über das Institut gehört nicht hierher. S. darüber Rudorff a. a. O. II S. 308 und die neueste Schrift von Rivier, Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque. Berlin 1863, welcher letztere aber S. 94, sowie auch Th. Mommsen, Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaka S. 473 den eigentümlichen Sinn des Instituts schwerlich getroffen haben möchte, wenn er das praedes „vendere" im wörtlichen Sinn für den Verkauf des Schuldners selber nimmt und im Unterschiede von der gewöhnlichen manus injectio nicht einmal die Möglichkeit einer Verteidigung des Schuldners offen läßt.

69) Die Wurzel die bedeutet im Lateinischen wie im Sanskrit und

werden bezeichnet. Man hat in dieser Aufnahme der Gewalt in den Prozeß die Idee ausgesprochen finden wollen, daß die Gewalt dem Recht weichen müsse. Aber man könnte wohl mit mehr Recht sagen: die Gewalt erscheint den Römern als etwas so Natürliches und so wenig Ungerechtes, daß sie dieselbe selbst im Prozeß nicht entbehren können. Jener Scheinkampf enthält weniger eine Verurteilung der Selbsthilfe als umgekehrt einen Beleg dafür, wie tief dieselbe in der Volksvorstellung gewurzelt war, eine Reminiszenz aus der Urzeit, die man in den Prozeß mit hinübergenommen hatte, weil man sich von den Ideen derselben noch nicht völlig losgerissen hatte. Als letzteres geschehen war, ließ man den Akt fallen; das Verständnis für seine ursprüngliche Bedeutung fehlte.

Nachdem wir die Formen, in denen die Selbsthilfe als solenner Akt im ältesten Prozeß auftritt, dargestellt haben, wäre es nunmehr an der Zeit, ihr durch das ganze Gebiet des ältern Rechts und auch des Formularprozesses zu folgen, um dadurch eine Anschauung zu gewinnen von der Rolle, die sie auch in dieser spätern Zeit noch spielte, nicht sowohl weil letztere ein unmittelbares Interesse für uns hat, als weil sie uns zu Schlüssen auf die älteste Zeit berechtigt. Ich glaube jedoch diesen umständlichen Weg, der uns vom ältern Recht auf längere Zeit gänzlich abführen würde, nicht einschlagen zu sollen, beschränke mich vielmehr auf Hervorhebung einiger besonders charakteristischer Punkte.

Zu ihnen rechne ich:

1. den Anteil, welchen auch noch der spätere Formularprozeß der Tätigkeit des Klägers zum Zweck der Verwirklichung seines Rechts einräumt. Der alte Gedanke, daß ein klares unbestrittenes Recht die Befugnis zur Verwirklichung durch Privat-

---

Griechischen *δείκνυμι* = zeigen, z. B. dicis causa, digitus, indicare; dicere, sagen ist = zeigen mit Worten. Vindicare aus vim dicere heißt also Gewalt zeigen. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 266 und Otfried Müller im Rhein. Museum für Jurisprudenz B. V. S. 190 ff.

exekution in sich schließe, daß es also Sache des Siegers, nicht der Staatsgewalt sei, das Urteil zu realisieren, kurz der Gedanke der legalen Privatexekution im Gegensatz zu unserer heutigen richterlichen Exekution — dieser Gedanke bildet auch die Grundlage des genannten Prozeßsystems. Der Prätor exekutiert nicht selber durch seine Liktoren, sondern er ermächtigt den Kläger, die nötigen Maßregeln selber vorzunehmen, also sich der Person des Schuldners, Kindes, Sklaven zu bemächtigen (duci jubere), sein Vermögen in Besitz zu nehmen (bona possideri jubere; immissio in bona), die zugesprochene Sache ihm wegzunehmen (z. B. beim interd. utrubi). Die Autorisation erfolgt regelmäßig dadurch, daß dem Gegner die Anwendung des Widerstandes gegen diesen Akt der Selbsthilfe untersagt wird — durch ein prohibitorisches Interdikt (vim fieri veto, quominus etc.), dessen Wirksamkeit durch Strafandrohung gesichert war. Daß im äußersten Fall die Staatsgewalt ihren Arm lieh, wird sich nicht bezweifeln lassen.[69a]) Aber von vornherein geschah dies nicht; der Kläger mußte selber die Sache in die Hand nehmen — mit dem bloßen Stellen von Anträgen kam er in Rom nicht ab, er mußte handeln. Hatte er doch selber auch den Beklagten vor Gericht zu schaffen.

2. Die Gestaltung der Besitzeslehre. Daß es Selbsthilfe, nicht Selbstverteidigung ist, wenn der ehemalige Besitzer der Sache, der sie vorübergehend einem andern anvertraut, z. B. vermietet, verpachtet, geliehen hat, sich dieselbe mit Gewalt wiederum aneignet, daran kann nur der zweifeln, der die Wendung, durch welche die römischen Juristen dem Verhältnis die umgekehrte Gestalt gaben, für die allein mögliche Gestaltung desselben hält. Neuere Rechte können ihn vom Gegenteil überführen. Meiner Überzeugung nach ist jene juristische Gestaltung des Verhältnisses,

---

69a) Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 191.

wonach der Versuch der Wiedererlangung des faktisch verlorenen Besitzes unter den Gesichtspunkt der Behauptung des juristisch noch bestehenden, also der Selbstverteidigung gebracht wird, nur eine im Interesse der alten Ideen über Selbsthilfe erfundene Form. Einen andern Anwendungsfall der Selbsthilfe enthält das Verhältnis des possessor justus zum injustus. Indem das Recht letzteren jenem gegenüber für schutzlos erklärt, ist dieser eben damit ermächtigt gewaltsam gegen ihn vorzuschreiten, nur nicht mit gewaffneter Hand. (Ausschließung der exc. vitiosae possessionis beim interd. de vi armata.)

3. Der Mangel einer Strafe für die Selbsthilfe in Fällen, wo man gesetzlich nicht dazu berechtigt war. Dem Eigentümer stand es nicht frei, seine in fremdem Besitz befindliche Sache statt zu vindizieren einfach wegzunehmen, ebensowenig dem Gläubiger, die geschuldete Sache dem Schuldner mit Gewalt zu entreißen. Allein was geschah ihnen, wenn sie es dennoch getan hatten? Sie konnten mit einer possessorischen Klage zur Rückgabe genötigt werden, aber es traf sie, soviel wir wissen, keine Strafe. Ja, wer den Schuldner durch Drohungen zur Zahlung genötigt hatte, konnte, selbst nachdem das prätorische Edikt eine Klage wegen Erpressung (act. quod metus causa) eingeführt hatte, nicht einmal auf Rückgabe in Anspruch genommen werden.[69b]) Nur wenn der Prätor durch ein prohibitorisches Interdikt die Anwendung von Gewalt im einzelnen Fall ausdrücklich verboten, folgte im Übertretungsfall die Strafe. Erst in späterer Zeit, gegen das Ende der Republik (leges Juliae de vi privata und publica) und in der Kaiserzeit (Decretum Divi Marci und dessen Ausdehnungen), ward die Selbsthilfe — von einzelnen Ausnahmsfällen abgesehen, prinzipiell verboten und mit zum Teil sehr harten Strafen belegt.

69b) L. 12 § 2 quod met. causa (4. 2). Die wenn auch erzwungene Zahlung einer wirklich begründeten Schuld ward nämlich nicht als erlittener Verlust betrachtet, und eines solchen bedurfte es für diese Klage.

Deutlicher als in diesem Gegensatz der völligen Strafloſigkeit der Selbſthilfe im älteren und ihrer ſtrengen Beſtrafung im neueren Recht kann ſich die Verſchiedenheit der Anſchauung der alten und neueren Zeit in bezug auf ſie nicht ausprägen.

C. Friedliche Ausgleichung des Rechtsſtreits.

Vertragsmäßige Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten — Eid und Schiedsrichter — Unterwerfung unter den Richterſpruch (litis contestatio).

XII. Das Bedürfnis einer Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten hat ſich nicht überall auf dieſelbe Weiſe befriedigt. Bei einigen Völkern iſt es die Gottheit, an die man ſich zu dieſem Zweck wendet, und die durch Gottesurteile, Orakel, Los uſw. die Entſcheidung abgibt, bei anderen iſt es die Obrigkeit, die um Hilfe angegangen wird. In beiden Fällen aber unterwerfen ſich die Parteien einer höhern Macht. Einen ganz andern Weg hat von alters her das römiſche Volk eingeſchlagen, und die Entwicklung der Folgezeit hat dieſen Gedanken der Urzeit nicht zu verdecken vermocht. Es iſt der der vertragsmäßigen Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten. Der Berechtigte, dem das Recht vom Gegner beſtritten ward, proponierte ihm die Einholung des Schiedsſpruchs eines unparteiiſchen Dritten, oder er überließ die Entſcheidung ſeiner eigenen Gewiſſenhaftigkeit, d. h. er ſchob ihm über die Nichtexiſtenz ſeines Rechts den Eid zu.[70]) Ging letzterer auf den einen oder andern Vorſchlag ein, ſo verſtand ſich das Weitere von ſelbſt; die durch den Schiedsrichter oder den Eid bewirkte Entſcheidung ſtützte ſich auf beiderſeitige Einwilligung,

---

70) Dieſer Geſichtspunkt, daß der Kläger den Gegner durch Eideszuſchiebung zum Richter mache, wird öfters ausgeſprochen, I, 1. pr. Quar. rer. (44. 5) Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum. L. 28 § 2 de jud. (5. 1). Quintil. I. O. V. 6. § 4. litis adversarium judicem facit.

war also für beide Teile bindend, sie begründete zweifelloses Recht und damit die Befugnis zur Selbsthilfe. Wie aber, wenn der Gegner jenen Vorschlag des Berechtigten zurückwies? Durch diese Weigerung brach er selber über sich den Stab; denn warum sich weigern, wenn er von seinem Rechte überzeugt war? Er bewies, daß er zur Gerechtigkeit seiner Sache kein Vertrauen hatte, und man tat ihm, der dem Gegner damit jede Möglichkeit der Entscheidung abschnitt, kein Unrecht, wenn man in seiner Weigerung ein indirektes Eingeständnis seiner Schuld fand.[70a]) Die Selbsthilfe (wenn auch vielleicht nicht die legis actio per manus injectionem; s. S. 158) hatte gegen ihn freien Lauf.[70b])

Das Institut der Schiedsrichter sowie der außergerichtliche Eid schlossen das System der Selbsthilfe ab, indem sie dem vermeintlich Berechtigten die Möglichkeit gewährten, entweder den Streit zur Entscheidung zu bringen oder wenigstens den Gegner moralisch in die Enge zu treiben und ihn durch seine Weigerung zum indirekten Geständnis seines Unrechts zu zwingen. Beide Mittel waren in Rom noch in später Zeit außerordentlich populär und üblich,[71]) beide kehren in solenner Form im altrömischen Prozeß wieder. In letzterem erblicke ich nichts als den in geregelte und feste Formen gebrachten Niederschlag dieser längst vor ihm bestandenen vertragsmäßigen Entscheidung des Rechtsstreits durch die Parteien selbst. Der außergerichtliche Eid wird zum gerichtlichen, der Schiedsrichter zum öffentlichen Richter, ohne daß beide damit ihr früheres Wesen aufgeben.

Unser heutiger Richter leitet seine Machtbefugnis vom Staat, nicht von der freiwilligen Unterwerfung der Parteien ab, und

---

70a) Liv. III 57 si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere. L. 38 de jurejur. (12. 2): manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

70b) Nach den XII Tafeln: Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito; si calvitur pedemve struit manum endo jacito.

71) O. E. Hartmann, der Ordo judiciorum I S. 105 ff.

seine Machtbefugnis besteht nicht bloß darin, das Recht zu konstatieren, es zu weisen, sondern es zu verwirklichen.

Von dem ist beim römischen Richter keine Rede; was wir bei ihm finden, sind dieselben Funktionen, die jedem Schiedsrichter zukommen. Die auffallende Ähnlichkeit beider veranlaßte einen römischen Juristen zu der Bemerkung: compromissum (Wahl eines Schiedsrichters) ad similitudinem judiciorum redigitur. Für die spätere Zeit mochte es naheliegen, im Richteramt das Original, im Institut der Schiedsrichter die Kopie zu erblicken, für die ältere Zeit wird man das Verhältnis gerade umkehren müssen.

Es mochte öfter vorkommen, daß die Parteien einen Magistrat, der sich durch seine Rechtskenntnis oder Rechtlichkeit auszeichnete, um schiedsrichterlichen Spruch angingen. Die Erfüllung ihres Wunsches von seiner Seite ward ursprünglich als Ehrensache angesehen, zuletzt als amtliche Pflicht.[71a]) Überhäufung mit solchen Aufträgen führte den Magistrat darauf, den Parteien eine andere geeignete Person an seiner Statt vorzuschlagen sowie manche Streitigkeiten ein für allemal zurückzuweisen; auch das spätere Recht kargt mit den Klagen, um wieviel mehr das ältere. Der einzige Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Schiedsrichter und dem vom Magistrat bestellten oder, wenn er selbst erkannte, ihm selbst bestand darin, daß man ersteren um Übernahme des Auftrages erst ersuchen mußte, des letzteren hingegen in allen

---

71a) Die folgende aus der ersten Auflage unverändert herüber genommene Darstellung hat, was ich in bezug auf die gegen sie lautgewordenen Einwendungen bemerke, lediglich den Zweck einer hypothetischen Konstruktion der Urzeit und der Ideen, von denen sie beherrscht war. Für die historische Zeit hebt sich das imperium des mit der jurisdictio versehenen Königs oder Magistrats zu sehr von der im Text dem Richter zugewiesenen Stellung ab, als daß man den Versuch machen könnte, beide auf eine Linie zu stellen. Der Befehl des Prätors im Vindikationsprozeß: mittite ambo hominem zeigt deutlich, daß er seine Macht nicht von den Parteien ableitete, daß er nicht unter, sondern über ihnen stand.

Fällen, wo Sitte oder Gesetz seine Mitwirkung eingeführt hatten, gewiß war; im übrigen waren beide sich gleich. Der Schiedsrichter verdankt seine Macht der Wahl der Parteien, ist ein bloßer Mandatar derselben, und seine Funktion beschränkt sich darauf, Recht zu sprechen, die Verwirklichung desselben bleibt den Parteien selbst überlassen. Ebenso erhält der Richter des älteren römischen Rechts seine Macht nur durch den Auftrag der Parteien. Am evidentesten geht dies daraus hervor, daß ein Prozeß nicht anhängig gemacht werden kann, wenn die Gegenpartei ihre Zustimmung verweigert. Eine Entscheidung des Magistrats oder des von ihm bestellten Richters, dem sie sich nicht im voraus unterworfen hat, besitzt für sie keine bindende Kraft. Der Streit, den sie mit dem Gegner hat, ist eine reine Privatangelegenheit, wie dürfte der Magistrat ohne Aufforderung von beiden Seiten sich hineinmischen? So kann also, wenn der Beklagte sich weigert, ein Prozeß gegen ihn gar nicht eingeleitet werden; der Kläger muß sich selbst zu helfen suchen und tut dies, wie wir oben sahen, indem er zur manus injectio schreitet. Hat der Beklagte den Vorschlag des Klägers, richterliche Entscheidung einzuholen, zurückgewiesen, so braucht andererseits letzterer, wenn der Beklagte denselben jetzt wieder aufnehmen will, sich nicht mehr darauf einzulassen; die Selbsthilfe hat ihren freien Lauf.

Kann ein Prozeß nicht ohne den Willen des Beklagten anhängig gemacht werden, so ergibt sich daraus, wie das Verhältnis aufzufassen ist, wenn er sich auf denselben einläßt. Der ganze Prozeß beruht auf dem Vertrag der Parteien. Beide werden sich einig über die Person des Richters, den der Magistrat ihnen bestellen soll,[72] und versprechen sich untereinander, daß es bei dem Ausspruche desselben sein Bewenden behalten soll. Die

72) Neminem, sagt Cicero pro Cluentio c 43, voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

entscheidende Kraft, die dem Richterspruch zukommt, beruht also nicht darauf, daß er von einem öffentlichen Richter ausgeht, sondern darauf, daß die Parteien sie ihm im voraus beigelegt haben. Wir können ihren Vertrag als ein bedingtes Versprechen bezeichnen: sie versprechen, daß dem Sieger das werden solle, was der Richter ihm zuerkennen wird.

Die Konsequenzen dieser Auffassung sind im ältern Prozeß in ihrer ganzen Strenge durchgeführt. Die alte Verbindlichkeit gilt als erloschen, folglich kann der Kläger die Klage nicht mehr fallen lassen und eine neue anstellen, und ebensowenig kann der Beklagte durch Vornahme der geforderten Leistung sich der Verurteilung entziehen. An die Stelle der alten Verbindlichkeit ist durch den Vertrag der Parteien eine neue, bedingte gesetzt, und sie haben fortan nur auf die Erfüllung der Bedingung zu warten. Da diese neue sich auf einen Vertrag stützt, so nimmt die frühere, wenn sie aus einem Delikt entstand, bei dieser Metamorphose alle Eigentümlichkeiten der Obligationen aus Verträgen in sich auf, sie wird z. B. vererblich, während sie dies früher nicht war.

Der Vertrag, der in dieser Weise zum Fundament des ganzen Prozesses gemacht wird, heißt Litis contestatio; er ward vor dem Prätor unter Anrufung von Zeugen (contestari) abgeschlossen. Man hat die Vertragsnatur der Litiscontestatio bestritten und ihr die „Natur des Prozesses" entgegengestellt, aus der sich schon mit Notwendigkeit die Folgen der Litiscontestatio ergeben sollen, gleich als wenn die alten Römer die Natur des Prozesses mit unseren heutigen Augen angesehen hätten und nicht vielmehr überall, wo heutzutage jemanden auch ohne seinen Willen eine Verpflichtung, ein Nachteil trifft, erst die ausdrückliche, wenn auch indirekt erzwingbare Einwilligung desselben verlangt hätten. Es ist in meinen Augen dem Geiste des ältern Rechts durchaus widerstrebend, daß die Litiscontestatio alle Folgen eines kontraktlichen Verhältnisses sollte nach sich gezogen haben, ohne selbst ein Kontrakt gewesen zu sein. Man werde

sich nur darüber klar, daß es sich bei derselben nicht um „Unterwerfung" unter den Richter handelte, sondern daß der Richterspruch nichts ist als eine Bedingung, unter der die Parteien sich etwas versprochen haben. Hätten sie ihr Versprechen darauf gestellt, „wenn ein Dritter dies und das tun würde", so würde beim Eintritt der Bedingung der Grund der entstehenden Verbindlichkeit nicht in der Handlung des Dritten, sondern in ihrem eignen Versprechen liegen. In derselben Weise ist der Einfluß, welchen die richterliche Sentenz ausübt, auf die Vereinbarung der Parteien als auf ihre wahre Ursache zurückzuführen.

Das Verhältnis der Parteien zu dem Richter ist also nichts weniger als das einer Unterordnung. Seine Qualität als vom Prätor bestellter Richter führt eine solche Unterordnung ebensowenig nach sich, als dies heutzutage gegenüber solchen Personen der Fall zu sein pflegt, die vom Staat im Interesse des Publikums zur Betreibung irgend eines Berufes angestellt sind. Der alte Richter war nicht mehr als ein in der Kaiserzeit mit dem jus respondendi versehener Jurist. Beide waren vom Staat angestellt, um den Parteien durch Erteilung eines Gutachtens zu dienen.[73]) Darum kann der Richter den Parteien im Laufe des Prozesses nichts auferlegen, sie nicht zitieren, keine Strafe für den Fall des Nichterscheinens im Termin androhen usw. Darum findet das Veto der Tribunen, das gegen den mit der Handhabung der Rechtspflege betrauten Magistrat möglich ist, nicht gegen den Richter statt; er ist gar kein öffentlicher Beamter, sondern ein Schiedsrichter der Parteien, zu dessen Bestellung ein öffentlicher Beamter mitgewirkt hat.

73) Bei beiden wiederholt sich auch derselbe historische Hergang. Wie der Staat das Schiedsrichteramt in seine Hände nimmt, ohne anfänglich das Wesen desselben zu verändern, so auch das Institut der responsierenden Juristen. Neben dem öffentlichen Richter und Respondenten bleiben Schiedsrichter und nicht mit dem jus respondendi betraute Respondenten in Tätigkeit, und zwar längere Zeit ohne rechtliche Zurücksetzung, bis endlich letztere erfolgt und Richter und öffentliche Respondenten im Namen des Staats und mit rechtlich verbindender Kraft Recht sprechen.

Darum endlich ist die richterliche Sentenz kein an die verlierende Partei gerichtetes Gebot oder Verbot, sondern eine bloße Meinung „sententia", eine Erklärung „pronuntiatio", die der Richter über die Streitfrage abgibt. Am klarsten tritt dies hervor in der ältesten Prozeßform, der legis actio sacramento. Der Prozeß wird hier in die Form einer Wette gekleidet, und jede Partei deponiert eine bestimmte Summe (sacramentum),[74] deren sie im Fall des Unterliegens verlustig geht. Dem Richter wird diese Wette zur Entscheidung vorgelegt, und er erkennt in der Form, daß er das sacramentum der Partei, die in seinen Augen recht hat, für justum und eben damit das der andern für verwirkt erklärt. Von einer Verurteilung ist dabei keine Rede, ja der Anspruch, der zum Prozeß Veranlassung gab, wird im Urteil gar nicht einmal erwähnt; es wird ostensibel über eine ganz andere Frage erkannt, als um die es den Parteien eigentlich zu tun ist, und nur mittelbar wird auch letztere entschieden. Wie wenig aber selbst dieser mittelbaren Entscheidung die Idee einer Verurteilung innewohnt, geht am besten daraus hervor, daß die Anwendung dieser Prozeßform in Fällen vorkam, wo eine Verurteilung oder Exekution undenkbar war, weil es sich gar nicht um einen rechtlichen Anspruch, sondern um den Beweis einer beliebigen Behauptung handelte.[75] Auch im spätern Recht noch erhielt sich für manche Fälle, namentlich für solche, bei denen die Klage nicht auf Geld und Geldeswert lautete,

---

74) Das Weitere darüber s. § 18[a].

75) Valerius Maximus Lib. II. c. 8 no. 74 berichtet uns, daß der Streit zwischen einem Konsul und Prätor, wer von beiden das Verdienst einer siegreichen Seeschlacht habe, und wem daher der Triumph hätte bewilligt werden müssen, in dieser Weise zum Gegenstand eines Prozesses gemacht sei; nur daß hier statt der älteren Form des sacramentum die neuere der sponsio benutzt ward. Valerius sponsione Lutatium provocavit: „ni suo ductu Punica classis esset oppressa." Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Atilius Calatinus. Letzterer gibt seine Entscheidung mit den Worten ab: secundum te litem do.

eine ähnliche Urteilsform, die pronuntiatio; der Richter erkannte bloß dahin, daß jemand servus, libertus, ingenuus uſw. ſei, und überließ es der intereſſierten Partei, die daraus folgenden praktiſchen Reſultate zu ziehen und zu verwirklichen.

Neben jenen Urteilsformen kommt eine andere vor, die condemnatio, aber erſt in den jüngeren Formen des Legisaktionenprozeſſes. Bei jenen lautet der Richterſpruch objektiv, der Partei bleibt es überlaſſen die praktiſchen Folgerungen zu ziehen und erforderlichenfalls ſich über die litis aestimatio, die Schätzung des zugeſprochenen Objekts, zu einigen, hier hingegen faßt der Richter ſeinen Spruch relativ, er verurteilt den Beklagten, und zwar verbindet er damit bei allen Klagen, die auf ein in Geld ſchätzbares Objekt gehen, ſogleich die litis aestimatio, d. h. er verurteilt von vornherein auf Geld.

Der Richter des ältern Rechts legt alſo dem Beklagten nichts auf, er erläßt keinen Befehl an ihn im Namen des Staats, ſondern er kommt den Parteien bloß mit ſeiner Rechtskenntnis zu Hilfe. Die Sprache hat das Verhältnis der richterlichen Tätigkeit zu der des Klägers treffend ausgedrückt. Der Richter ſoll bloß das Recht weiſen (dicere, ſ. Note 69), daher judex genannt, und er tut dies, indem er ſeine Meinung (sententia) abgibt. Der Kläger hingegen iſt der Handelnde (actor);[76] er „handelt" wirklich, denn er legt „Hand" an (manum injicere, conserere; vindicare), je nach Verſchiedenheit des Prozeſſes an Perſonen oder Sachen (agere in personam, in rem). Unſer heutiger Richter hingegen „richtet", d. h. er iſt der Handelnde, „der Kläger" hingegen handelt nicht, ſondern er „klagt" dem Richter ſein Leid, damit letzterer ihm helfe. Um Hilfe iſt es dem römiſchen Kläger nicht zu tun; in allen Fällen, wo ſein Recht zweifellos iſt, bedarf er des Richters gar

76) Auch in jurgare, litigare iſt dies agere, nur muß man das zweite Wort nicht als litem agere, ſondern als lite agere (wie jurgare als jure agere) deuten.

nicht, sondern schreitet sofort zur Selbsthilfe. Das römische Richteramt ist also nur eingeführt, um für zweifelhafte Fälle den Parteien Gelegenheit zu geben, sich das Recht weisen zu lassen. Der Richterspruch aber übt keine Wirkung aus, welche die Parteien nicht ebensogut auf anderm Wege erreichen könnten, und der Grund, warum ihm überhaupt eine entscheidende Wirkung zukommt, liegt nicht im öffentlichen Charakter des Richteramts, sondern im Willen der Parteien. Der Richter ist also nichts als Schiedsrichter (arbiter), und es gab eine Menge von Fällen, in denen er auch offiziell mit diesem Namen bezeichnet wurde.

Wenn wir jetzt einen Rückblick werfen wollen auf den Weg, den wir in diesem ersten Abschnitt (§ 10 fl.) zurückgelegt haben, so führt uns derselbe von jenem niedrigsten Punkte an, wo Recht und Gewalt noch zusammenfallen, der Erbeutung vom Feinde, durch die Selbsthilfe hindurch bis zu dem Punkte, wo die Gewalt gegen Zweifelhaftigkeit des Anspruchs sich als unausreichend erweist, und in der vertragsmäßigen Entscheidung des Rechtsstreits die ersten Keime zur Bildung des Richteramts sich erschließen. Immer aber blieb uns eine und dieselbe Idee zur Seite, jene Idee nämlich, daß persönliche Tatkraft die Urheberin und darum auch die legitime Beschützerin des Rechts ist. Diese Tatkraft ist nicht die nackte, physische Gewalt, sondern sie wird durch das Gefühl ihres Rechts zu einer sittlichen Macht erhoben, sie ist eine im Dienste der Rechtsidee tätige Kraft, ja das Prinzip des Privatrechts selbst in seiner ursprünglichen Frische und Energie.

Jene Idee der Berechtigung der persönlichen Kraft, welche durch ihre eigne Tat sich ihre Welt erbaut und schützt, ist das äußerste Minimum, mit dem die Bildung des Rechts beginnen kann, und darum durfte und mußte sie an die Spitze unserer ganzen Darstellung gesetzt werden. Aus diesem schwachen Keim heraus hat sich auch bei anderen Völkern das Recht entwickelt,

aber nicht überall sind wir so glücklich, wie im vorliegenden Fall, an der Blüte und der reifen Frucht noch den ursprünglichen Keim nachweisen zu können. Unvermögend, jene Idee auf die Dauer mit der steigenden Entfaltung des Staatsprinzips zu versöhnen, hat manches Volk dieselbe fallen lassen und in demütiger Erniedrigung des persönlichen Selbst- und Rechtsgefühls den Staat als den eigentlichen Schöpfer des subjektiven Rechts hingestellt. Aber in der römischen Rechtsanschauung — Dank sei es ihrer unverwüstlichen Natur und jenem männlichen Selbstgefühle der Römer — wurzelt diese Idee zu fest, als daß sie jemals hätte vertilgt werden können, und der juristische Instinkt der Römer wußte dieselbe so zu gestalten und in die richtigen Formen zu bringen, daß sie selbst mit der höchsten Entwicklung des Staats sich vertrug.

II. Familie und Wehrverfassung, die Ausgangspunkte der staatlichen Ordnung.

Vorbemerkung.

XIII. Wenn wir im bisherigen Abschnitt uns rein auf das Individuum beschränkt haben, so geschah es nicht etwa in der Meinung, als ob es jemals eine Zeit gegeben hätte, welche mit den dort gefundenen Rechtsprinzipien hätte ausreichen können, sondern lediglich um uns des Anteils bewußt zu werden, den das Gefühl des individuellen Rechts und die davon erfüllte Tatkraft des Subjekts zu dem Gesamtbau des ältesten Rechts beigesteuert hat. Nur in der Gemeinschaft kann überhaupt von einem Rechte die Rede sein, mit der Gemeinschaft aber, mit den Interessen, denen sie zu dienen, mit den Zwecken, die sie zu verfolgen hat, ist bereits eine neue nicht minder fruchtbare Quelle des Rechts gesetzt, als die in dem Individuum sich ihm eröffnet. So wie in der Körperwelt Gesetze herrschen, nach denen die Verbindung der Körper vor sich geht, so auch in der sittlichen Welt rücksichtlich der Verbindung der Individuen. In jeder Gemein-

schaft derselben, und wäre sie bloß die der Familie, liegt der Keim und der Trieb der Ordnung, ja selbst der vorübergehende Zustand der Unordnung und Anarchie, die Kämpfe, Zuckungen und Stürme, von denen die Gesellschaft heimgesucht wird, was sind sie anders als das Suchen der Ordnung, das Wogen und Gären der Elemente, welche ihre gesetzmäßige Verbindung miteinander eingehen?

In diesem Sinn kann uns also auch die Bildung des Staats als der höchsten politischen Gemeinschaft nicht als etwas erscheinen, das noch erst der Erklärung bedürfte. Der Staat ist eine Naturnotwendigkeit. Aber ohne diese Überzeugung im mindesten zu verleugnen, dürfen wir auch bei ihm, soweit die Geschichte uns dies verstattet, den Versuch machen, uns der Ideen zu bemächtigen, die seine ursprüngliche Bildung beeinflußt haben. Dies erscheint mir um so nötiger, als wir sonst Gefahr laufen, unsere heutige Anschauung vom Staate unbewußt auf Zeiten und Zustände zu übertragen, zu denen dieselbe in keiner Weise stimmt. An den Namen klebt die Vorstellung! Indem wir die Einrichtungen des älteströmischen Staats mit heutigen Ausdrücken bezeichnen, indem wir bei Schilderung der ältesten Verfassung von einem „König", von einer „gesetzgebenden Gewalt des Volks", von einem „Richteramt" usw. sprechen, bringen wir unwillkürlich unsere heutigen, d. h. irrigen Vorstellungen mit. Denn nicht das Äußere jener Erscheinungen ist das Entscheidende, sondern die Ideen, von denen sie getragen wurden; die Vorstellung aber, die der alte Römer von dem Staat hatte, und alles, was mit ihr zusammenhing, war eine völlig andere, als die wir mit ihm verknüpfen. Unserer heutigen Vorstellung ist der Staat etwas von den Individuen völlig Verschiedenes, der altrömischen war er nichts als die Gemeinschaft sämtlicher Individuen — was dem Staat gehört, gehört ihnen, seine Interessen sind ihre Interessen, seine Verletzung ist ihre Verletzung — kurz, eine Verschiedenheit in der Auffassung von der äußersten Tragweite.

Diese Differenz des Ideengehalts bei aller äußern Gleichheit

der Einrichtungen zu ermitteln, ist meines Erachtens eine der unerläßlichsten und wichtigsten Aufgaben, welche der Historiker für die altrömische Staatsverfassung zu lösen hat, und der erklärte Zweck meines Werkes zwingt mich, auch an ihrer Lösung mich zu versuchen.

Ich gehe dabei von der Idee aus, daß unsere heutige Vorstellung von dem Verhältnis des Staats und der Staatsgewalt zu dem einzelnen erst das Produkt einer langen Entwicklung ist, und daß wir, weit entfernt davon berechtigt zu sein, die Idee der Überordnung der Staatsgewalt über den Bürger als etwas sich von selbst Verstehendes auch der ältesten Zeit ohne weiteres zuzuschreiben, vielmehr umgekehrt die Verpflichtung haben, uns Rechenschaft darüber zu geben, wo und wie diese Idee im altrömischen Gemeinwesen zum Durchbruch kommen konnte. Um die Grundansicht, die ich in dem gegenwärtigen Abschnitt weiter ausführen werde, gleich hier mitzuteilen, so gehe ich davon aus, daß das Verhältnis der Koordination der einzelnen, wie es für jede Gemeinschaft das Ursprüngliche ist, so auch das Fundamentale der altrömischen Verfassung war, und zwar in Gestalt der politischen Vereinigung der Geschlechter zur Einheit des Staatswesens, daß dagegen die Idee der Unterordnung der einzelnen unter eine höhere Gewalt zuerst im Heerwesen zur Erscheinung gelangte und erst von hier aus auf die übrigen Einrichtungen übertragen worden ist. Eine unabweisbare Notwendigkeit schließt hier das Verhältnis der Koordination aus und setzt das der Subordination an seine Stelle.

So enthält demnach die älteste Staatsverfassung meiner Ansicht nach die Kombination zweier Prinzipien, eines koordinierenden und eines subordinierenden. Der älteste Staat steht mit seinen Füßen in der Familie, mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d. h. die Gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben sind durch die Idee der Familie, die Kurien, Tribus und die Vorstände derselben und der König durch das militärische Interesse bestimmt.

Die Rolle, welche die Familie in der älteſten Verfaſſung ſpielt, weicht von der Geſtalt, die ſie im heutigen Recht an ſich trägt, weſentlich ab. Die Familie iſt heute ein rein privatrechtliches Verhältnis ohne alle unmittelbare politiſche Bedeutung, und auch dieſes nur in ihren beiden engſten Verhältniſſen: dem elterlichen und ehelichen, das geſchwiſterliche Verhältnis iſt bereits kein Rechtsverhältnis mehr. Über dieſe beiden Kreiſe hinaus überläßt das Recht die Familie ſich ſelbſt, ihrer eigenen ſittlichen Lebenskraft, der Liebe. Die Erfahrung aber zeigt, daß dieſe Lebenskraft in eben dem Maße, als die Familie ſelber ſich erweitert, abnimmt, die Liebe ſucht ſtets die engſten Kreiſe auf, ſie kann nicht mit dem Stammbaum gleichen Schritt halten. Mit der raſch abnehmenden Liebe und Pflege der Verwandtſchaft verliert ſich allmählich auch die Erinnerung derſelben.

Ganz anders auf den niedrigen Stufen des ſtaatlichen Lebens. Es läßt ſich im allgemeinen der Satz aufſtellen, daß die äußere, rechtliche Organiſation der Familie im umgekehrten Verhältnis zur Reife der Staatsentwicklung ſteht; je unvollkommener letztere, deſto ausgebildeter jene, und umgekehrt. Solange nämlich die Familie noch als Surrogat des Staats zu dienen hat, bedarf ſie notwendigerweiſe einer ungleich feſteren Organiſation, als wo die vollſtändige Entwicklung der Staatsformen und der Staatsgewalt ſie dieſer Funktion überhebt. Ein Staat im kleinen, hat ſie auch die Verfaſſung desſelben nötig; die Verwandtſchaftsbande können nicht der freien Liebe überlaſſen werden, ſie ſind politiſche Bande.

Im Laufe der Zeit verwandelt ſich die durch das ſtaatliche Prinzip beſtimmte Familie in einen durch das Familienprinzip beſtimmten Staat. Mehrere Familien vereinigen ſich, eine Familie erweitert ſich zu einem Geſchlecht oder Stamm, der ſeinerſeits ſich wieder in mehrere Zweige, Geſchlechter und Familien ſpaltet. So entſteht der Geſchlechterſtaat, ein Geſchiebe von kleineren oder größeren kompakten Einheiten, die urſprünglich die Verwandtſchaft zum Prinzip hatten. Die Verbindung dieſer einzelnen

Teile zum Ganzen ist ungleich loser als die jener kleineren Kreise in sich. In letzteren liegt die eigentliche Lebenskraft der Verfassung; sie sind Staaten im kleinen, die sich zu einem Staatenbund vereinigt haben.

Der Geschlechterstaat in seiner Jugendkraft bezeichnet nicht bloß eine bestimmte Form staatlicher Verbindung, sondern eine bestimmte Stufe der gesamten politischen und rechtlichen Entwicklung. Die politische Funktion der Familie wirkt auf ihren privatrechtlichen Charakter zurück und umgekehrt die Form der Familienverbindung auf den politischen Geist, der das Ganze beseelt. Dies zeigt sich insbesondere auch in dem Verhalten zu dem Fremden. Da nur derjenige politisch berechtigt ist, der zu einem Geschlecht gehört, die Geschlechter gewissermaßen die Zugänge zum Staat besetzt halten, so öffnet sich dem Fremden der Zutritt zur Staatsverbindung nur, wenn er in ein Geschlecht Aufnahme findet. Diese Aufnahme ist jedoch nur in beschränkter Weise möglich: der Geschlechterstaat ist, wenn er sich nicht selbst aufgeben will, gezwungen, exklusiv zu sein. Damit ist der Grund gelegt zu jenem Gegensatz, der für die ganze Entwicklung des Geschlechterstaats eine so entscheidende Bedeutung hat, dem Gegensatz zwischen den Mitgliedern der Geschlechter und den sonstigen Staatsangehörigen, denen, die aktiv an der Staatsgewalt partizipieren, und die ihr bloß passiv unterworfen sind. Je mehr die letztere Klasse an numerischer Stärke und an Wohlstand zunimmt, um so mehr strebt sie, ihre rechtliche Stellung zu verbessern, und diese Bestrebungen und die ewige Friktion, die sie hervorrufen, sind für die ganze Rechts- und Staatsentwicklung von den wohltätigsten Folgen. Sie spornen auf beiden Seiten die vorhandenen Kräfte auf ihr höchstes Maß und erschließen eine unversiegbare Quelle politischer Intelligenz und Tatkraft. Es ist dies Verhältnis treffend verglichen[77]) mit „zwei aufeinander gefügten

77) Von Göttling, Geschichte der röm. Staatsverf. S. 285. Wenn er aber hinzufügt: „bis der härtere Stein des plebejischen Prinzips den weicheren des patrizischen mürbe gerieben hatte", so mag diese Verteilung der

Mühlsteinen, durch deren Bewegung das wahre politische Leben erst hervortritt"; man könnte auch auf die Funken verweisen, die dem Feuerstein entsprühen, wenn der Stahl ihn trifft.

Neben dem Geschlechterstaat gibt es noch einen anderen Ausfluß des Familienprinzips, den patriarchalischen Staat. Der Unterschied beider liegt darin, daß die Familie dort bloß zur rechtlichen Basis des Staats gemacht wird, hier aber den Prototypus der ganzen Verfassung und Verwaltung gewährt. Das Verhältnis der staatlichen Unterordnung ist dem der Kinder zum Vater nachgebildet, die Macht des Staatsoberhaupts ist eine erweiterte väterliche Gewalt und wird in diesem Geiste gehandhabt. Beide Ausflüsse des Familienprinzips können in einer und derselben Staatsverfassung zusammentreffen; der Geschlechterstaat begründet dann das Verhältnis in der „Seitenlinie", die politische Verbrüderung; der Patriarchalstaat das Verhältnis in „auf- und absteigender Linie", die politische patria potestas.

Es ist nun bemerkenswert, daß dieser zweite Ausfluß des Familienprinzips in Rom nicht oder nicht mehr hervortritt. Die Punkte, die er sonst einnehmen würde, nämlich die der Über- und Unterordnung, fallen hier der Wehrverfassung zu. Die Wehrverfassung steht auf der Stufenleiter von Formen der staatlichen Gemeinschaft höher als die Familienverfassung, insofern sie nämlich erstens nicht ein bloßes Naturprodukt, sondern ein Werk menschlicher Ordnung und Einsicht ist, und zweitens trotz der härtern Disziplin, die sie in den Staat hineinbringt, doch der privatrechtlichen Freiheit einen größeren Spielraum gewährt, die politische und privatrechtliche Existenz des Individuums nicht in dem Grade vermengt, wie dies in der Familienverfassung geschieht. Sie fungiert nicht selten als Form des Staats, namentlich gern in Verbindung mit dem Grundeigentum, nämlich im

---

Härte und Weichheit für die beiden Mühlsteine durchaus zutreffen, für Patrizier und Plebejer aber nichts weniger als das.

Lehnsstaat, wie z. B. bei den Germanen und Osmanen, und dann auch in Verbindung mit dem Familienprinzip wie in Rom und wiederum bei den Germanen zur Zeit ihres ersten Auftretens in der Geschichte. Mit dem Patriarchalstaat ist sie inkompatibel; die demselben eigentümliche Vererbung der Staatsämter würde ihrem Interesse schnurstracks entgegenlaufen, und ebenso ist auch die staatliche Unterordnung, die beide begründen, ihrem Geist nach eine völlig verschiedene. Es liegt die Vermutung nahe, daß, wo wir wie bei den alten Römern und Germanen die Wehrverfassung in Verbindung mit dem Geschlechterstaat auftreten sehen, erstere den Patriarchalstaat verdrängt hat. Der ursprünglich diese beiden Ausflüsse des Familienprinzips in sich vereinigende Familienstaat erwies sich bei fortgesetzter kriegerischer Lebensweise unzureichend. Das militärische Interesse ward das vorherrschende und bewirkte, daß die erblichen Würden des Patriarchalstaats den nach persönlicher Tüchtigkeit vergebenen militärischen Ämtern Platz machten, die Geschlechtereinteilung aber sich den Anforderungen der Wehrverfassung fügte.

Indem wir uns jetzt unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, bemerken wir, daß dieselbe nicht bloß darin besteht, darzutun, daß der ältere römische *Staat* auf dem Familienprinzip und der Wehrverfassung beruhte, sondern ebensowohl darin den Einfluß nachzuweisen, den diese beiden Motive auf das ganze *Recht* ausgeübt haben. Wir befolgen dabei folgende Anordnung:

1. Das Familienprinzip.
   a. das Wesen der Gentilverbindung § 14.
   b. Stellung des Individuums zur Gemeinschaft § 15.
   c. Stellung außerhalb der Gentilverbindung § 16.
2. Der Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht § 17.

1. Das Familienprinzip.

Die Gentilverbindung — Die Gens, eine Familie im großen und ein Staat im kleinen — Einfluß auf das gesamte Recht.

XIV. Der römische Geschlechterstaat gleicht einer Pyramide. Die Basis desselben bilden dreihundert Gentes, die in pyramidalischer Abstufung zuerst in dreißig Kurien, sodann in drei Tribus und endlich in die persönliche Spitze des Ganzen, den König, zusammenlaufen. Nur die Gentes stehen hier zur Betrachtung; es ist bereits im vorigen Paragraphen bemerkt, daß nur sie dem Familienprinzip, die Kurien und Tribus aber, sowie das Königtum der Wehrverfassung angehören. Daß die Gentes in der Tat auf dem Familienprinzip beruhen, ist zwar in Abrede gestellt,[77a]) allein man hat dabei auf Unwesentliches Gewicht gelegt. Ob nämlich alle Mitglieder einer Gens wirklich denselben Stammvater gehabt haben, ob die Idee der Verwandtschaft sich im Laufe der Zeit völlig verloren und die Gens sich in eine gewöhnliche politische Korporation verwandelt hat, das ist gleichgültig. Das Wesentliche ist, ob die Gens ihrem ganzen Geist und Zuschnitt nach ursprünglich auf der Idee der Familienverbindung beruht, und ein Blick, sollte man sagen, müßte dies zur Evidenz

---

77a) Neuerdings am entschiedensten von Walter, Röm. R. G. Aufl. 3. § 14, der aber doch zugleich „den Typus der Familienverbindung als Vorbild" der Gentilverbindung anerkennt. Die Gründe, die er anführt, verdienen allerdings eine Widerlegung, auf die ich mich jedoch hier nicht einlassen kann. Das etymologische Moment (Note 78) hat Walter gar nicht berücksichtigt, und doch wiegt es in meinen Augen als Zeugnis aus ältester Zeit unendlich viel schwerer, als die Definitionen der „gentiles" vom Standpunkt des *späteren* Rechts aus. Dürften gelegentliche Äußerungen der späteren Schriftsteller in die Wagschale geworfen werden, so könnte für die obige Ansicht auch Liv. II, 48: velut *familiare* bellum mit figurieren.

erheben. Die Sprache gibt uns in der Bezeichnung gens, Geschlecht, den deutlichsten Fingerzeig.[78])

Wir wenden uns zuerst der inneren Organisation der Gens zu und fassen das Resultat der folgenden Ausführung in den Satz zusammen, daß die Gens die Identität der Familie und des Staats ist, sich, wie man will, als eine Familie mit politischem Charakter und als eine politische Verbindung mit familienartigem Charakter bezeichnen läßt Sie geht hervor aus der Familie und bewahrt sich die Innigkeit dieser Verbindung; indem sie aber andererseits eine politische Institution wird, wirkt diese ihre politische Seite ebenso sehr auf ihre familienrechtliche Seite zurück, wie letztere auf jene. Beide Seiten laufen so ineinander über, daß eine genaue Scheidung derselben kaum möglich ist.

Da die Gentilitätsverbindung schon früh ihre wesentliche Bedeutung verlor, so ist es nicht zu verwundern, daß unsere Nachrichten über sie nur dürftig und unvollständig sind. Aber es ragen doch noch einzelne erhaltene Punkte hervor, aus denen sich mit Hilfe sonstiger historischer Analogien und der inneren Konsequenz der Sache das Wesen jener Verbindung bestimmen läßt. Wir wollen diesen Versuch machen.

Die Verbindung, welche die Gens begründet, umfaßt die ganze Existenz des einzelnen; alle Interessen, die sein Leben bewegen, weisen ihn auf sie zurück und finden innerhalb ihrer teils ihre ausschließliche Befriedigung, teils wenigstens Anknüpfungspunkte. Die Verehrung der Götter wie der Waffendienst und die Ausübung politischer Tätigkeit führt die Gentilen stets wieder zusammen, nach dem Tode ruhen sie in gemeinschaftlichen Erbbegräbnissen zusammen. In den heiligsten und ernstesten Momenten des Lebens, im Tempel wie auf dem Schlachtfelde stehen sie sich zur Seite; Schande und Ehre, Glück und Unglück

78) Gens, genus vom Sanskr. dschan, geboren werden. Der Name decuria bezeichnet die gens von seiten ihrer Stellung in der Wehrverfassung. S. § 17.

ist gemeinsam. Der Glanz und der Ruhm der Gens kommt dem einzelnen zugute, wie umgekehrt seine Taten auf sie Schatten oder Licht werfen. Darum nimmt die Gens an den Schicksalen und Handlungen des einzelnen das lebendigste Interesse; er steht ja zu ihr nicht in dem losen Verbande eines Korporationsmitgliedes, das nur gemeinsame Rechte mit ihr auszuüben hat, sondern in dem eines Familienmitgliedes, dessen Wohl und Wehe, Schande und Glanz und Ehre die ganze Familie berühren.

Dies äußert sich auf doppelte Weise, nämlich teils in dem Anrecht, das der einzelne an die Gens, teils in dem, das sie an ihn hat. Jenes besteht in dem Anspruch auf Schutz und Unterstützung, dieses in den Beschränkungen, denen der einzelne im Interesse der Gens unterworfen ist.

Die gegenseitige Unterstützungspflicht der Verwandten ist einer der natürlichsten und regulärsten Ausflüsse des Familienprinzips. Die Form, in der, und das Maß, bis zu dem sie stattfindet, ist bei verschiedenen Völkern verschieden; sie steigert sich bei einigen bis zur Blutrache, bei andern, wie z. B. den Germanen, äußert sie sich in der Verpflichtung, einen Anteil am Wehrgeld beizusteuern. [79])

Was nun den Umfang dieser Verpflichtung im ältesten römischen Recht anbetrifft, so wird zunächst die Annahme einer rechtlichen Vertretungspflicht schwerlich auf Widerspruch stoßen. Ein Anwendungsfall derselben ist uns ausdrücklich bezeugt, nämlich die Vormundschaft. [80]) Fehlte es nämlich an einem Vor-

79) S. von Sybel, Entstehung des deutschen Königtums S. 20 fl. und Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte B. 1 S. 212—215 u. Beil. 1 von der sog. Gesamtbürgschaft.

80) Cicero de invent. II. c. 50 nennt zwar nur die cura furiosi (s. auch Varro de re rustica I, 2 mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus), es kann aber schon wegen des durchgehenden Parallelismus zwischen Erbrecht und Vormundschaft keinem Zweifel unterliegen, daß die Gentilen, wie sie hinter den Agnaten zur Erbschaft, so auch hinter ihnen zur Tutel gerufen waren. S. des weiteren Rudorff, Das Recht der Vormundschaft B. 1 S. 210 fl.

munde, ſo traten zur Aushilfe die Gentilen ein. Dies iſt begreiflicherweiſe nicht ſo zu verſtehen, als ob ſämtliche Mitglieder der Gens die Vormundſchaft geführt hätten, ſondern durch ein Dekret derſelben wurde ſie einem unter ihnen übertragen. Die Vorſorge der Gens beſchränkte ſich aber nicht bloß auf die Beſtellung des Vormundes, ſondern ſchloß ohne Zweifel auch eine Beaufſichtigung desſelben in ſich. Dem unfähigen und verdächtigen Vormund gab die Gens auf, ſein Amt niederzulegen oder es einem anderen zu zedieren (tutela cessicia); ſträubte er ſich, ſo konnte ſie urſprünglich gewiß ſelbſt ſeine Abſetzung verfügen, im ſpätern Recht aber dieſelbe dadurch herbeiführen, daß ſie einen aus ihrer Mitte zur Anſtellung der actio suspecti tutoris veranlaßte. Dieſe Klage war eine Popularklage, die jeder aus dem Volke erheben konnte, und das ältere Recht kennt noch einige andere, mittelſt deren jemand in gleicher Weiſe das Intereſſe einer anderen Perſon wahrnehmen kann. Sie bilden zu der Strenge, mit der dies Recht im übrigen an der Sachlegitimation feſthält, einen auffallenden Gegenſatz, und ich bin geneigt, ſie als Ausflüſſe des Familienprinzips aufzufaſſen.[81] Wenn jemand außerſtand war, ſich ſelbſt zu verteidigen, und dem Mangel durch Beſtellung eines Vormundes nicht abzuhelfen war, ſo lag es, wenn nicht die nächſten Verwandten ſich ſeiner annahmen, der Gens ob, ihm den nötigen Schutz zu erteilen. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn er ſich in feindlicher Gefangenſchaft befand. Sein zurückgelaſſenes Vermögen war hier ohne

81) Die ſpäteren römiſchen Juriſten nahmen an, daß das ältere Recht hier ſeinen Grundſatz: nemo alieno nomine lege agere potest verlaſſen habe. Allein nach der im Text verſuchten Anknüpfung dieſer Klage an die alte Gentilverfaſſung würde die vermeintliche Singularität verſchwinden. Die Gens iſt nicht irregulärerweiſe berechtigt, für ihr hilfloſes Mitglied eine Klage erheben zu laſſen, ſondern ſie iſt verpflichtet, ſich ſeiner anzunehmen. Die angeſtellte Klage macht alſo zunächſt Recht und Pflicht der Gens ſelbſt geltend, und nur mittelbar kommt ſie dem Intereſſierten zugute.

Aufſicht, es bedurfte offenbar eines Schutzes. Das ſpätere Recht gewährt denſelben in Form einer Populärklage, der actio furti, gegen jeden, der Sachen aus dieſem Vermögen entwandt hat; im älteſten Recht erſetzte die Gentilitätsverbindung dieſen Mangel. Hierher gehört ferner der Fall, wenn eine Gentile unrechtmäßigerweiſe in Rom ſelbſt in Haft gehalten wurde, ſei es als angeblicher Sklave oder wegen behaupteter Schuld. Trat hier nicht aus eignem Antriebe jemand als vindex auf, ſo war es Sache der Gens, für die Beſtellung eines ſolchen Sorge zu tragen. Sie verfolgte damit nicht bloß ihr eigenes Intereſſe, ſondern erfüllte zugleich eine ihr obliegende Pflicht. Derſelbe Geſichtspunkt bewährte ſich daran, daß, wenn eins ihrer Mitglieder erſchlagen, und kein näherer Verwandter vorhanden oder fähig war, ihn zu rächen, ihr das Rächeramt zufiel. Noch in ſpäterer Zeit wird es den Verwandten zur Pflicht gemacht, auf rechtlichem Wege den Mörder zu verfolgen; was aber in ſpäterer Zeit in Form der Klage bewirkt wird, geſchah urſprünglich in Form der Selbſthilfe. In einer Einrichtung, die auf ein angebliches Geſetz des Numa zurückgeführt wird, läßt ſich noch eine Spur der alten Blutrache erkennen.[82]) Wenn jemand einen andern aus Verſehen getötet hatte, ſo mußte er den Verwandten desſelben einen Widder ſtellen; es war der Sündenbock, an dem ſie ſtatt ſeiner die Todesſtrafe vollzogen.[83]) Das vergoſſene Blut forderte wieder Blut; hatten die Verwandten im Fall des

---

82) Serv. ad. Virg. Eclog. IV, 43. In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens occidissit hominem pro capite occisi agnatis (nach der glücklichen Konjektur von Huſchke ſtatt des handſchriftlichen et natis) ejus in concione offerret arietem.

83) Fest. Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur. Über den Zweck des Opfers gehen die Anſichten freilich ſehr auseinander. S. Rein, Das röm. Kriminalrecht S. 403. Die im Text vorgetragene iſt die von Ed. Platner, Quaest. de jure crimin. p. 37. Der Widder erſcheint auch anderwärts als Vertreter des Schuldigen, ſ. z. B. Arnob. adv. gent. V. c. 21.

unvorsätzlichen Totschlages diese Forderung geltend zu machen, so galt dies um so eher im Fall des Mordes.

Wie das Unvermögen des einzelnen Gentilen, sich selbst zu rächen oder sein Recht geltend zu machen, die Gens zur Rache oder zum Beistand verpflichtete, so legte auch pekuniäres Unvermögen desselben ihr die Verpflichtung zur Unterstützung auf. Die Klassiker[84]) bezeugen uns dies für den Fall des Loskaufes aus feindlicher Gefangenschaft, für schwere, ungewöhnliche Staatsabgaben und selbst für die über ein einzelnes Mitglied verhängten Geldbußen. Ob diese Verpflichtung mehr sittlicher als juristischer Art war, ob sie im letzteren Fall sogar, wie dies bei den Germanen hinsichtlich der Pflicht zur Aufbringung des Wehrgeldes beizusteuern stattfand,[85]) von dritten Personen geltend gemacht werden konnte, ob sie also mit anderen Worten eine eventuelle Haftungspflicht der Gens in sich schloß, läßt sich nicht bestimmen. Dagegen darf man annehmen, daß es ein Ehrenpunkt für die Gens war, ihre durch unverschuldete Armut in Not, z. B. in Schuldhaft geratenen Mitglieder nicht im Stich zu lassen. Ob sie in feindlicher Gefangenschaft oder in Rom selbst im Kerker schmachteten und den Verkauf trans Tiberim zu gewärtigen hatten, war in der Tat gleichgültig.

Die erforderliche Beisteuer mochte teils durch freiwillige Beiträge aufgebracht, teils durch ein Dekret der Gens ausgeschrieben werden. Es ist denkbar, daß auch das Vermögen der Gens, worüber nachher ein Mehreres, für solche Zwecke in Anspruch genommen ward.

---

84) S. die Zeugnisse bei Walter, Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3. § 15 Note 28—30. Diese Pflicht wiederholt sich übrigens auch bei den Klienten und Tribulen, s. z. B. Liv. V, 32 accitis tribulibus clientibusqe quum responsum tulisset: se collaturos quanti damnatus esset, ibid. XXXVIII, 60.

85) Das angelsächsische Recht ist in dieser Beziehung am weitesten gegangen, indem es neben den Verwandten die gegyldan, d. h. nach Sybels treffender Bezeichnungsweise die Ersatzmänner der alten Gentilen zu einem Dritteil, eventuell zur Hälfte des Wehrgeldes heranzog.

Diese gegenseitige Unterstützungspflicht, man möchte sie eine Assekuranz gegen Not und Unbill nennen, gab den Patriziern den Plebejern gegenüber ein außerordentliches Übergewicht. In dieser privatrechtlichen Verbrüderung lag vielleicht ebenso sehr der Grund ihrer unverwüstlichen Widerstandskraft als in ihrer dominierenden staatsrechtlichen Stellung.

Es liegt auf der Hand, daß diesem Anrecht, das der einzelne an die Gens hatte, Beschränkungen und Verpflichtungen von seiner Seite korrespondieren mußten. War er auf die Gens, so war sie wiederum auf ihn angewiesen: beide Seiten dieses Verhältnisses waren Ausflüsse derselben Grundidee und bedingten sich gegenseitig.

Der Gesichtspunkt, der diesen Beschränkungen, die wir gleich im einzelnen kennen lernen wollen, zugrunde liegt, ist der eines koordinierten Verhältnisses sämtlicher Gentilen, das gegenseitige Rechte und Verpflichtungen mit sich führt. Ich muß diese Bemerkung um so mehr betonen, als der Anschein mit ihr in Widerspruch steht, die richtige Auffassung jenes Verhältnisses meiner Ansicht nach aber eine den engen Kreis der Gens weit überragende Bedeutung hat. Es soll im folgenden Paragraphen nachgewiesen werden, daß auch das Verhältnis des einzelnen sowie der Gens zum Gesamtstaat das der Koordination ist, und nur innerhalb der Wehrverfassung eine Subordination hervortritt. Insofern nun der Gesamtstaat nur eine Gens im vergrößerten Maßstabe ist, sowie man die Gens einen Staat im verkleinerten nennen kann, müssen wir bereits hier jenes durchgehende Verhältnis der staatlichen Gemeinschaft genau ins Auge fassen. Die Beschränkungen, die wir hier finden werden, wiederholen sich dort; überzeugen wir uns hier gleich, daß sie nicht auf der Idee staatlicher Unterordnung beruhen.

Die Gens ist nichts als der Komplex sämtlicher Gentilen, und ihre Bezeichnung mit dem Ausdruck: gentiles drückt mit einem Wort das wahre Wesen derselben aus. Ist sie nämlich nur der Komplex der Gentilen, so kann sie auch keine höhere

Macht haben als letztere selbst, oder mit anderen Worten, das einzelne Mitglied steht nicht unter der Gens, sondern neben den Gentilen. Das Verhältnis wird dadurch kein anderes, daß dieselben einen aus ihrer Mitte zum Vorsteher (decurio) wählen. Abgesehen von seiner militärischen Funktion, nach der er seinen Namen trägt, hat er nichts zu befehlen, sondern nur die Verhandlungen der Gens zu leiten und in ihrem Namen das Opfer darzubringen. Die Konservierung des ursprünglichen Familienbandes in der Gens beschränkt sich auf das Verhältnis der Brüder untereinander; das der patria potestas ist weder in der Gens noch in dem Gesamtstaat staatsrechtlich nachgebildet.

Wenn nun dies koordinierte Verhältnis der Verbrüderung dem einzelnen Beschränkung auferlegt, so sind dieselben nicht anders aufzufassen als der Preis, um den er der Vorteile dieses Verhältnisses teilhaftig ist; sie tragen keinen anderen Charakter als die Beschränkungen, denen sich jemand durch Eintritt in irgend eine privatrechtliche Verbindung, ja durch Abschluß eines Vertrags unterwirft. Wenn das Mitglied einer solchen Verbindung sich durch sein Benehmen derselben unwürdig macht, was liegt näher, als ihn zu exkludieren? Eine andere Bewandtnis aber hat es auch nicht mit jener sittenrichterlichen Gewalt der Gens, von der uns als einzelnes Beispiel die Verdammung des Gedächtnisses eines unwürdigen Gentilen nach seinem Tode, sowie der Beschluß, daß niemand fortan seinen Namen tragen solle, aufbewahrt ist. Man hat darauf den gewiß unbedenklichen Schluß gebaut, daß jenes Mitglied bei Lebzeiten die Strafe des Ausschlusses aus der Gens erlitten haben würde. Das enge Verhältnis der Gentilen und die Solidarität ihrer Ehre schloß eine solche Sorge für die sittliche Reinheit und den guten Namen ihrer Genossenschaft notwendigerweise in sich.

Als geringere Strafe erscheint die Ausschließung von dem gentilizischen Gottesdienst. Andere Strafen werden uns zwar nicht bezeugt, allein sie sind mittelbar durch jene beiden möglich

gemacht. Wenn die Gens z. B. über ein Mitglied, das sich gegen sie vergangen, eine Geldstrafe verhängt hatte, so brauchte letzteres sich dem Beschluß zwar nicht zu fügen, — denn wie konnten seine Genossen ihn strafen, ihm etwas von dem Seinigen entziehen? — aber andererseits konnten letztere dann erklären, daß sie ihn nicht länger beim Gottesdienst oder überhaupt nicht länger in ihrer Mitte dulden wollten. In dieser Negative lag das indirekte Zwangsmittel zur Entrichtung der positiven Strafe. Diese Entrichtung stützte sich also auf die eigene Wahl des Bestraften, auf seine Einwilligung, und ich darf hier, wo uns zum ersten Male die Strafe als Institut des öffentlichen Rechts begegnet, gleich darauf aufmerksam machen, daß auch sie sich jenem Fundamentalgrundsatz fügt, den wir im vorigen Abschnitt nachgewiesen haben, daß nämlich der subjektive Wille der Urquell der Berechtigung und Verpflichtung ist. Der Schuldige fügt sich dem Strafurteil der Gens, weil er sonst die Ausstoßung aus ihrer Mitte zu gewärtigen hätte.[85a])

Dies negative Strafmittel ersetzte also der Gens vollständig den Mangel einer positiven Strafgewalt, oder richtiger, es schloß letztere dem Erfolg nach in sich, ähnlich wie dies die Exkommunikation im Mittelalter in bezug auf die kirchliche Strafgewalt tat. Es war damit der Gens möglich gemacht, eine sittenrichterliche Gewalt über das einzelne Mitglied auszuüben, auf indirektem Wege jene, soll ich sagen, theoretisch unbeschränkte Freiheit des Individuums in höchst wirksamer Weise zu temperieren, und wir dürfen annehmen, daß sie davon einen ausgedehnten Gebrauch

---

85a) Dasselbe Verhältnis, wie Cicero pro Caec. c. 33 und 34 es in einem andern Fall auffaßt: quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent. Höchst charakteristisch für die Vorstellung der ältesten Zeit ist auch, daß die Strafe, welche der Schwörende für den Fall des Meineids auf sich herab beschwört, in Ausschließung besteht, Festus sub Lapidem: arce bonisque ejiciat, vollständiger bei Polybius III. 25, ἐπὶ τᾶν ἰδίαν βίων, ἱερῶν τάφων ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι Danz, Der sakrale Schutz. S. 13 ff.

gemacht hat. Es war eine echt römische Idee, daß zwar die individuelle Freiheit eines möglichen Mißbrauches wegen rechtlich nicht beschränkt werden dürfe, dem Mißbrauch aber auf anderm Wege durch die sittenpolizeiliche Gewalt des Zensors gesteuert werden müsse. Wenn dieses für unsere Auffassung im hohen Grade befremdliche Eingreifen des Zensors in das Privatleben der römischen Sinnesweise selbst zur Zeit der höchsten Freiheitsentwicklung nicht widerstrebte, so darf man um so eher der ältern Zeit eine gleiche Ansicht unterlegen. Teils nämlich, weil diese Idee überhaupt eine patriarchalische, kindlich naive ist, teils und vor allem aber, weil die sittenrichterliche Gewalt in die alte Gentilverfassung ungleich mehr paßt als in den Zusammenhang der spätern Verfassung. Daß ein öffentlicher Beamter den Bürger wegen Unfleißes, Leichtsinnes usw. zur Verantwortung zieht, hat etwas viel herberes, enthält einen weit schrofferen Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen, als wenn dies von seiten der Genossen geschieht, die ihn im Notfall unterstützen sollen. Hinsichtlich der letzteren ist es ein durch ihr eignes Interesse und die Rücksicht auf den guten Ruf ihrer Genossenschaft gebotenes Sicherungsmittel; es sind Familienmitglieder, die ihm eine Warnung erteilen, kein Dritter wird hinzugezogen. Jene sittenrichterliche Gewalt des Zensors hat in der Familie ihren natürlichen Ausgangspunkt.

Weit entfernt also, die Einführung der sittenrichterlichen Gewalt in Rom von der Zensur an zu datieren, erblicke ich in letzterer nichts als die spätere Gestalt einer uralten Einrichtung, eine Handhabung derselben von seiten des Gesamtstaats gegenüber Plebejern sowohl wie Patriziern, während dieselbe bis dahin an die patrizische Gentilverfassung geknüpft gewesen war. Es ist bezeichnend, daß die Zensur zwei Jahre nach der lex Canuleja, die den Plebejern das connubium mit den Patriziern verlieh, eingeführt wird, und daß sie in demselben Maße an Macht und Einfluß zunimmt, wie die alte Gentilverfassung daran einbüßt. Nachdem durch jenes Gesetz die familienrechtliche

Scheidewand zwischen Patriziern und Plebejern niedergerissen war, legte die Zensur den Keim zu einer Verallgemeinerung jener ursprünglich patrizischen Sittenpolizei. Die Idee war eine alte, die Form eine neue und bedingt durch den Mangel des Gentilitätsverbandes bei den Plebejern. Die Strafmittel, die dem Zensor zu Gebote standen, hatten denselben Charakter wie bei der Gens, nämlich den der Ausschließung (von der Tribus, dem Senat, den Rittern); sie beruhten auf derselben Idee wie bei ihr, nämlich daß die Gemeinschaft kein Recht habe, den einzelnen wegen seiner Unwürdigkeit zu *strafen*, wohl aber sich von ihm *loszusagen*.

Diese charakteristische Eigentümlichkeit der zensorischen Strafen möge noch als Argument für meine Ansicht aufgeführt werden.[86]) Der wahre, innere Grund für letztere aber liegt darin, daß die römische *Sittenpolizei* in dem Maße ein *Ausfluß* des *Familienprinzips* ist, daß die Handhabung derselben von seiten des Zensors uns nicht bloß berechtigt auf eine frühere Ausübung derselben durch die Gens zurückzuschließen, sondern daß sie selbst erst vermittelst dieser Anknüpfung an die Familie verständlich wird. Jene Gewalt des Zensors konnte nur dadurch gedeihen, daß sie als etwas Althergebrachtes und Gewohntes von der Gens hinübergenommen war; auf dem Boden der Gentilverfassung hatte sie sich erst bilden und entwickeln müssen, um außerhalb derselben fortbestehen zu können.

Dem bisherigen nach wird es keinem Bedenken unterliegen, dieser Sittenpolizei in ihrer ursprünglichen Gestalt mindestens denselben Umfang zuzuweisen, den sie später in den Händen des Zensors hatte. Es ist aber bekannt, daß der Zensor den Bürger nicht bloß wegen unehrenhafter, unsittlicher Handlungen zur Verantwortung zog, sondern auch wegen verkehrter oder leichtsinniger ökonomischer Lebensweise. Sein Einschreiten läßt sich

86) Es wird auch der Spruch der Gens gerade wie der des Zensors nota genannt. Liv. VI. 20 gentilicia nota adjecta.

auf den Gesichtspunkt zurückführen, daß es stattfand überall, wo jemand der stillschweigenden Voraussetzung, unter der das Recht ihm eine unbeschränkte Freiheit zugestanden hatte, der des würdigen, verständigen Gebrauchs derselben nicht entsprochen hatte; es enthielt das außerhalb des Privatrechts liegende Temperament und Gegengewicht jener extremen Freiheit. So dürfen wir der gleichen Gewalt der Gens für die älteste Zeit dieselbe Bedeutung beilegen. Sie vermittelt das Prinzip des subjektiven Willens, das die Möglichkeit der unsittlichsten Konsequenzen in sich schließt, mit der Sittlichkeit. Sie schützt die Kinder, Frauen und Sklaven, die jenes Prinzip der Gewalt des Hausherrn ohne Einschränkungen überliefert, gegen grausame und tyrannische Behandlung. Glaubte der Vater oder Ehemann zur Ausübung seines jus necis ac vitae berechtigt zu sein, so lag nichts näher, als die Gens zur Assistenz aufzufordern, und die Familiengerichte der spätern Zeit sind schwerlich das Produkt dieser schweren Zeit,[87]) sondern finden ihren natürlichen Ausgangspunkt in der Gentilverfassung, in der Sittenpolizei der Gens sowohl als in ihrer Verpflichtung sich auch ihrer in der patria potestas stehenden Mitglieder anzunehmen. Die Gens mahnt den Verschwender, der nach der Konsequenz des Eigentumsbegriffes das Erbtum seiner Väter durchbringen darf, der Pflichten gegen die Seinigen eingedenk zu sein. Beachtet er die Mahnung nicht, so entzieht sie ihm die Vermögensverwaltung durch eine cura prodigi. Daß wir in letzterer einen Ausfluß und Rest des Familienprinzips vor uns haben, bedarf wohl keiner Bemerkung; sie sichert ebenso sehr das Erbrecht der nächsten Verwandten des Verschwenders, wie sie die Gens gegen die Gefahr in Schutz nimmt, daß letzterer ihr demnächst zur Last falle.

Es möge schließlich noch der hohen politischen Bedeutung dieser gentilizischen Sittenpolizei gedacht werden. Für die Machtstellung, welche die Patrizier ihrem festen korporativen Zusam-

87) So Klenze, Zeitschrift für hist. Rechtsw. Bd. 6 S. 21 ff.

menhalten verdankten, war sie von höchstem Wert. Ein Stand, der fest zusammenhält und seine Mitglieder in Not unterstützt, wird immer ein bedeutendes Übergewicht über alle andern haben. Dasselbe läßt sich aber gegen den Widerstand, der sich stets von außen dagegen erheben wird, nur dann dauernd behaupten, wenn ein höherer Grad von Ehre und sittlicher Reinheit damit versöhnt. Die Sittenpolizei der Korporation über ihre Mitglieder aber, wenn sie selber vom richtigen Geist beseelt ist, ist für diesen Zweck ein wesentliches Förderungsmittel, und jene Einfachheit und Reinheit patrizischer Sitte, die selbst der Parteihaß der Plebejer nicht in Abrede zu stellen wagte,[88]) und die begreiflicherweise die politische Position der Patrizier außerordentlich verstärken mußte, sie kommt vor allem mit auf Rechnung jener gentilizischen Sittenpolizei. Der praktische Instinkt der Römer hatte von vornherein erkannt, daß die Freiheit, um Macht zu sein, sich selbst Schranken auferlegen muß, und jener wilde Sinn, aus dem das Prinzip des subjektiven Willens hervorging, nahm keinen Anstoß daran, daß dasselbe in der Ausübung Beschränkungen unterworfen ward, die selbst unserm siechen Persönlichkeitsgefühl als unerträgliche Bevormundung erscheinen würden. Der wesentliche Unterschied liegt freilich darin, daß diese Beschränkungen in Rom das Werk des eigenen Willens waren, den gern gezahlten Preis enthielten, um den man ein Gut erkaufte, das mit diesem Prinzip noch nicht gegeben war, nämlich Schutz, Hilfe und Unterstützung von seiten der Genossen.

Fassen wir jetzt die übrigen Beschränkungen ins Auge, welche die Gentilverfassung nach sich zog. Von dem in derselben liegenden Autonomierecht der Gens braucht weiter nichts gesagt zu werden, als daß auch hier die bindende Kraft ihrer Beschlüsse sich

88) „Niemals wird ihnen von den Plebejern Mangel an sanctitas und castitas vorgeworfen." Rubino, Untersuchungen über röm. Verf. und Gesch. B. 1 S. 280 Anm. 3, der das Zeugnis von Cicero de republ. II, 34 anführt: quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.

auf gegenseitige vertragsmäßige Verpflichtung der einzelnen Mitglieder zurückführen läßt. Der Wirkung nach kommen diese Beschlüsse Gesetzen gleich, der Form nach sind sie Verabredungen der einzelnen Gentilen. Auch das Gesetz knüpft in Rom an den Gesichtspunkt des Vertrages sämtlicher einzelnen, d. h. an unser Prinzip des subjektiven Willens an, und wir werden im folgenden Paragraphen den Versuch machen, die gesetzgebende Gewalt des Gesamtstaats nicht minder unter diesen Gesichtspunkt zu bringen als hier die der Gens.

Die Beschränkungen, die wir jetzt noch kennen zu lernen haben, beziehen sich auf das ältere Familien- und Vermögensrecht. Wir dürfen dabei auch diejenigen berücksichtigen, die, ohne gerade im Interesse der Gens eingeführt zu sein, sich doch als Konsequenzen oder Ausflüsse des Familienprinzips darstellen. Als solche erscheinen uns namentlich die auf die Ehe bezüglichen. Im spätern römischen Recht ist die Ehe ein völlig profanes und hinsichtlich ihrer Dauer ganz in das Belieben der Gatten gestelltes Verhältnis. Im ältern Staat, der durchaus auf das Familienprinzip gebaut war, ward sie mit besonderm Ernst behandelt. Die Eingehung war ein religiöser Akt und die Auflösung derselben nur in sehr wenig Fällen und nur unter Mitwirkung der Priester möglich. Zehn Zeugen nahmen bei beiden Akten teil; sie vertraten entweder die zehn Gentes der Kurie oder die zehn Kurien derjenigen Tribus, zu welcher der Mann gehörte. In ihrer Zuziehung liegt der Gedanke ausgesprochen, daß die Ehe des einzelnen für den ganzen Stamm von Bedeutung und Interesse, ein öffentliches Ereignis ist. Vielleicht hatte diese Form auch den praktischen Zweck, die juristische Möglichkeit der Ehe, insbesondere das Dasein des connubium zu konstatieren. Das ältere römische Recht erlaubte sich unseres Wissens nicht[89]) in die private Rechtssphäre in der Weise einzugreifen,

89) Wie z. B. das Recht orientalischer Völker. Selbst bei den Sachsen soll Ehe zwischen Nicht-Standesgenossen bei Todesstrafe verboten gewesen sein. S. Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. B. 1 S. 84 Anm. 2.

daß es Verbindungen mit Perſonen, denen das connubium fehlte, bei Strafe unterſagt hätte, ſondern es beſchränkte ſich darauf, dieſen Verbindungen den Charakter einer römiſchen Ehe abzuſprechen, d. h. auf Frau und Kinder fand das römiſche Familienrecht keine Anwendung, die ganze Nachkommenſchaft war von der Gens ausgeſchloſſen. Auch dieſe Beſchränkung ſtellt ſich alſo wieder nicht als eine abſolute dar, ſondern als eine ſolche, der man ſich freiwillig unterwarf, um ſeinen Kindern das Gentilitätsrecht zu ſichern. Die Idee des connubium iſt übrigens für die Rechtsanſchauung, mit der wir uns hier beſchäftigen, ganz charakteriſtiſch. Sie beruht auf jenem horror alieni, der die Kehrſeiten des feſten familienartigen Zuſammenhaltens bildet, auf dem Beſtreben, alle fremdartigen Elemente fernzuhalten und ſich nur aus ſich ſelbſt zu ergänzen.[90]) Seiner urſprünglichen Idee nach war das connubium auf die Mitglieder des Geſchlechterſtaats beſchränkt; über ſie hinaus mußte es ſelbſt ſtammverwandten Völkern erſt verliehen oder mit ihnen vereinbart werden.

Wo die Familie frei und beweglich iſt, kann auch das Vermögen es ſein; wo jene gebunden iſt, zieht dies für letztere dieſelbe Folge nach ſich. Die römiſche Gentilverfaſſung war nicht vereinbar mit der vermögensrechtlichen Freiheit der ſpäteren Zeit, letztere kann ſich erſt auf den Trümmern jener gebildet haben. Sollte die Gens ſtetig und feſt ſein, ſo mußte ſie ein feſtes materielles Fundament unter ſich haben, es mußte eine gewiſſe geſicherte Verbindung zwiſchen ihr und dem in ihr befindlichen Vermögen hergeſtellt ſein. Wir haben bereits die Sittenpolizei der Gens als ein Mittel kennen gelernt, der Dilapidation des

90) Die Beſchränkung der Freigelaſſenen weiblichen Geſchlechts, nicht aus der Gens herauszuheiraten, beruhte auf einem anderen Grunde, nämlich auf dem Intereſſe der Gens, dieſelben in dem Hörigkeitsverhältnis zu ihr zu erhalten. Durch Verheiratung mit einem zu einer anderen Gens gehörigen Freigelaſſenen oder Klienten trat die Freigelaſſene aus jenem Verbande heraus. Mitunter wurde dies (d. i. die gentis enuptio) bewilligt.

Vermögens vorzubeugen, aber dasselbe war nur von beschränkter Wirksamkeit. Denn wie, wenn ein Mitglied mit seinem ganzen Vermögen in eine andere Gens übertreten oder es in seinem Testament Nichtmitgliedern zuwenden wollte? War dies unbedingt erlaubt, so konnte eine Gens verarmen; die Lasten derselben wären für den einzelnen in demselben Maße drückender, die Versuchung sich ihnen durch Übertritt aus der einen Gens in eine andere zu entziehen in eben dem Grade stärker geworden.

Von dieser politischen Bedeutung des Vermögens ausgehend, haben manche sich zu der Annahme verleiten lassen, das Privateigentum an Grund und Boden für den ältesten Staat völlig zu leugnen und den ager publicus an dessen Stelle zu setzen.[91] Es scheint mir dies aber ein gefährlicher, weit über sein Ziel hinausfliegender Schluß zu sein.[92] Unsre Quellen widersprechen dieser Annahme mehr, als daß sie dieselbe bestätigen,[93] und abgesehen von ihnen müßte man die dringendsten allgemeinen Gründe haben, um einem Volke, bei dem das Prinzip des Privatrechts von Anfang an in größter Schärfe und Bestimmtheit hervortritt, gerade das wichtigste Eigentum, das an Grund und Boden, abzusprechen. Zur Zeit der XII Tafeln erscheint letzteres bereits in ausgebildeter Gestalt,[94] keine Spur, kein leiser

---

91) Wenn man an diesem ager publicus ein vererbliches und veräußerliches Recht der Benutzung annehmen will, so führt man das Privateigentum, das man dem Wort nach leugnet, unter anderm Namen wieder ein. Der Sache nach wäre dies Recht ebensogut Privateigentum gewesen, wie das an Provinzialgrundstücken, die theoretisch im Eigentum des römischen Staats standen, und das Interesse der Gentilverfassung hätte gegen die freie Veräußerlichkeit unter Lebenden und im Testament hier ganz ebenso geschützt werden müssen, wie wir es nachher im Text ausführen werden.

92) Huschke hat ihn meiner Ansicht nach mit Recht als einen Grundirrtum Niebuhrs bezeichnet.

93) S. Walter, Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3 § 18.

94) Ich erinnere z. B. an die Bestimmung der XII Tafeln über die Usukapion unbeweglicher Sachen, die Servituten usw.

Anklang findet ſich darin von dem angeblichen frühern Zuſtande. Hatte etwa das „plebejiſche Prinzip", dem man das Privateigentum an Grund und Boden zuweiſt, bereits zur Zeit der XII Tafeln das patriziſche Prinzip ſo vollſtändig und ſeit ſo langer Zeit überwunden, daß auch nicht eine einzige Reminiszenz mehr davon übrig geblieben war? Und dies ſollte beim Grundeigentum möglich geweſen ſein und während der Blütezeit des Geſchlechterſtaats? — zwei Verhältniſſe, an denen ſich, wenn irgendwo, die bekannte konſervative Kraft der römiſchen Rechtsideen im verdoppelten und vervierfachten Maße hätte bewähren müſſen? Dies hätte ferner durch die Plebejer geſchehen ſollen, ſie, die damals noch in einer ſehr beſcheidenen und gedrückten Stellung lebten und gar kein Intereſſe daran hatten, das nach jener Annahme ihnen allein bekannte Privateigentum an Grund und Boden den Patriziern aufzudrängen?

Die ganze Anſicht enthält eine Häufung von Undenkbarkeiten und einen Verſtoß gegen den ſonſtigen Charakter der römiſchen Rechtsbildung, indem ſie ihr zumutet, daß ſie ihre gewohnte Langſamkeit, Gleichmäßigkeit und Entwicklung von innen heraus dies eine Mal völlig hätte verleugnen, an ſich ſelbſt hätte untreu werden ſollen. Eine ſo fundamentale Einrichtung wie das ausſchließliche Geſamteigentum hätte Anfang der Königszeit noch in voller Blüte ſtehen und am Ende derſelben bereits in ihr gerades Gegenteil umſchlagen ſollen! Und dieſe koloſſale Revolution des ganzen Rechtszuſtandes — denn das war ſie — wird nur motiviert durch die vage Hypotheſe eines angeblich von vornherein völlig entgegengeſetzten Prinzips; nicht inneres Bedürfnis, nicht Entwicklung von innen heraus, ſondern lediglich die Macht des plebejiſchen Beiſpiels und äußeres Hineintragen eines an ſich Fremden ſoll ſie bewerkſtelligt haben. Und ohne Erſchütterungen wäre dieſe Revolution vorübergegangen, keine Spur davon hätte ſich in der Erinnerung des Volks, keine leiſe Reminiszenz im Recht ſelbſt erhalten; das freie unbeſchränkte Privateigentum, wie es bei den Plebejern beſtand, hätte ſich eingeniſtet,

ohne daß die Gentilverfassung, die damit den Todesstoß erhielt, im mindesten sich zur Wehr gesetzt hätte!

Nein, es ist eine eben solche Verkehrtheit, das ursprüngliche Privateigentum innerhalb des Geschlechterstaates völlig zu leugnen, als dann mit einem Salto mortale ins entgegengesetzte Extrem ein völlig freies und ungebundenes Privateigentum anzunehmen. Die Wahrheit liegt zwischen beiden Extremen in der Mitte. Es gab nämlich von jeher in Rom an Grund und Boden teils ein öffentliches, teils ein durch das Interesse der Gens gebundenes Privateigentum.

Das öffentliche Eigentum des Staats, der ager publicus, ist bekannt. Es unterliegt für mich keinem Zweifel, daß dies Verhältnis sich ursprünglich keineswegs auf den Gesamtstaat beschränkte, sich vielmehr innerhalb jeder Gens wiederholte, ja daß es eher von der Gens auf den Gesamtstaat, als von letzterem auf das Gentilverhältnis übertragen worden ist. Ich berufe mich darauf, daß die Gens den Staat im kleinen darstellt, daß von den drei Interessen, die ihren höchsten Kulminationspunkt im Gesamtstaat finden, dem politischen, religiösen und militärischen, jedes innerhalb der Gens repetiert, und daß, wenn dort zur Versehung dieser Interessen das Verhältnis des ager publicus nötig ist, es hier mindestens ebenso unentbehrlich gewesen sein muß. Der Schwerpunkt und die Lasten des ältesten Staates ruhten nicht sowohl in und auf ihm selber als in und auf den Gentes; bedurfte es für das Dach, das er über die einzelnen Geschlechterhäuser spannte, und das auf ihnen als auf seinen Pfeilern ruhte, des ager publicus, so war dasselbe Bedürfnis für die einzelne Gens in noch viel höherem Grade vorhanden.

Die Benutzung der Gentilgrundstücke läßt sich auf verschiedenartige Weise denken, teils nämlich als eine allen Gentilen gemeinsame und unentgeltliche, teils als eine geteilte und entgeltliche, etwa auf Grund einer unter ihnen vorgenommenen Verpachtung an den Meistbietenden. Das erste Verhältnis fand

zweifellos hinsichtlich der Gentilbegräbnisse statt,[95]) im germanischen Geschlechterstaat finden wir es auch bei Ackerland,[96]) für Weideland ist es bei weitem das Natürlichste, und hierfür wird es auch in Rom vorgekommen sein.[96a])

Jene Gemeinsamkeitsverhältnisse haben sich nun, abgesehen vom Gentilbegräbnis, im spätern Recht nicht mehr erhalten, wohl aber, wie ich glaube, eine wichtige mittelbare, von ihrer Beziehung zur Gentilverfassung befreite Nachwirkung derselben — die Popularklagen.[96b]) Diese Klagen sind eine merkwürdige Erscheinung; nicht bloß vom Standpunkt unseres heutigen öffentlichen Rechts aus, indem nämlich mittelst ihrer Privatpersonen eine unter bestimmte Rechtsgrundsätze gestellte Polizei ausüben,[97]) sondern auch von dem des römischen, insofern nämlich

95) Göttling, Gesch. der röm. Staatsverf. § 40 a. E.

96) Caesar de bello Gallico IV, 1. VI, 22. S. darüber namentlich von Sybel, Entstehung des deutschen Königtums S. 5 fl.

96a) Ager compascuus bei Cic. Top. c. 3 Horat. Carm. II. 15, 13. Privatus illis census erat brevis, commune magnum.

96b) Neben den von den Römern mit actio popularis bezeichneten Klagen, bei denen der Kläger das durch ihre Anstellung Gewonnene behält, kommt noch eine andere Art von Klagen vor, die ebenfalls jedem aus dem Volk zusteht, bei der aber der Beklagte nicht ihm, sondern dem Volk verurteilt wird, das dann durch seine Beamten die act. judicati erheben läßt (womit zu vergleichen S. 163 oben). Auf diese bisher übersehene Art der Klagen (die freilich von den Römern nicht mit jenem Namen belegt werden, Bruns, Zeitschr. für Rechtsgeschichte III S. 370, 386 fl. 401 fl.) zuerst aufmerksam gemacht zu haben, ist das Verdienst von Th. Mommsen, Die latinischen Stadtrechte der Gemeinden Salpensa und Malaka S. 461—466, und Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1 S. 69—73, 106—110, das Verdienst von Bruns a. a. O., den Unterschied der beiden Arten von Klagen zur Anerkennung gebracht zu haben. — Mit der Darstellung im Text, welche sich auf die Popularklagen in der Sprache der Römer beschränkt und aus der ersten Auflage unverändert herübergenommen ist, ist jetzt noch zu vergleichen III, 341, 348 fl.

97) Solche Popularklagen gibt das römische Recht jedem, der Lust hat, gegen denjenigen, der an öffentlichen Plätzen, Landstraßen, Gewässern usw. polizeiwidrige Änderungen vorgenommen, aus seinem Fenster oder von seinem Dache Sachen hängen hat, die herunterzufallen drohen und dadurch die Passage gefährden usw.

dies Recht im übrigen aufs allerstrengste an dem Grundsatz der Sachlegitimation des Klägers festhält, hier aber Klagen gewährt, die scheinbar nicht das mindeste spezielle persönliche Interesse des Klägers voraussetzen.

Das Befremdende dieser Erscheinung verschwindet, wenn man sie mit jener eigentümlichen Gemeinsamkeit des Rechts, wie sie innerhalb der Gentilverfassung stattfand, in Beziehung setzt. Die Sachen der Gens gehörten sämtlichen Gentilen zusammen.[98]) Dies Recht unterschied sich von demjenigen, das dem einzelnen als solchem zustand, dadurch, daß es kein exklusives, sondern ein ihm mit seinen Genossen ungeteilt-gemeinsames, und sodann, daß es kein veräußerliches, sondern ein untrennbar mit der Eigenschaft als Verbindungsmitglied verknüpftes war — eine Art des Rechts, die im deutschen Recht sehr verbreitet, im spätern römischen aber dem Prinzip der Exklusivität des Rechts erlegen ist.[99]) Die Popularklagen sind nun ihrer ursprünglichen Idee nach bestimmt, jenes eigentümliche Verhältnis des ungeteilt-gemeinsamen Rechts zu schützen. Jedes Mitglied ist an sich klagberechtigt; wer wirklich Klage erhebt, z. B. wegen Verletzung des gemeinsamen Begräbnisses, der vertritt damit, daß er sein eigenes Recht geltend macht, zugleich das Interesse seiner Genossen. Sein Klagfundament aber liegt in seinem eignen Recht, und der Umstand, daß seine Tätigkeit ebenfalls den andern zugute kommt, gibt ihr keineswegs den Charakter der Stellvertre-

98) Nicht ihr als einer juristischen Person; das ist eine Abstraktion, deren erst der entwickelte juristische Verstand fähig ist, die wir also nicht in die Kindheitszeit des Rechts verlegen dürfen. S. dagegen IV, 344, Note 468.

99) Das ungeteilt-gemeinsame Eigentum aller Mitglieder einer Korporation ward später als Eigentum einer juristischen Person aufgefaßt. Es wird vielleicht die Zeit kommen, wo man diesen Schritt wieder zurückmacht und mit Aufgabe dieser Fiktion jenes natürliche Verhältnis juristisch zu konstruieren versucht. Wenn der Versuch erst für das deutsche Recht befriedigend gelungen ist, wird dies für das römische Recht schwerlich ohne Einfluß bleiben. (Ich selber habe inzwischen diesen Versuch gemacht, IV, 345.)

tung.[100]) Diese Klagen lassen sich also wegen jener familienartigen Gemeinsamkeit, die sie zu schützen bestimmt sind, als Ausflüsse des Familienprinzips bezeichnen.[100a]) Wenn die späteren römischen Juristen in ihnen eine Ausnahme von dem Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest erblicken, nämlich als ob der Kläger mittelst ihrer das Recht und Interesse des Staats vertrete,[100b]) so ist dies vom Standpunkt der modern römischen Konstruktion des Verhältnisses (juristische Person) vollkommen richtig, allein andererseits haben doch auch sie im Gegensatz zu unserer modernen Jurisprudenz (IV, Note 466, 468a) die reale Gestalt des Verhältnisses nie verkannt (IV, Note 468, 478—480). Gleichwie die Gentilsachen nicht im Eigentum der Gens als gedachter juristischer Persönlichkeit, sondern in dem der Gentilen stehen, so auch die res publicae nicht in dem des Staats, sondern sämtlicher Staatsangehörigen. Der einzelne also, der z. B. wegen Verletzung der Landstraße klagt, stützt sich auf sein eignes Recht und Interesse, nur daß die Beziehung dieser Sache zu ihm hier eine schwächere und weniger in die Augen springende ist als bei den Gentilgrundstücken; denn je ausgedehnter der Kreis derer wird, die zur ungeteilt-gemeinsamen Benutzung und zur klageweisen Geltendmachung derselben berufen sind, um so mehr kann sich der Gesichtspunkt, daß jeder hier sein eignes Recht ausübt, der Beobachtung entziehen.

---

100) Es läßt sich hier der Satz anwenden, den die I. 12 pr. de reb. auct. jud. (42. 5) enthält: alliquid ex ordine facit et ideo ceteris quoque prodest.

100a) Eine ganz eigentümliche, bisher viel zuwenig beachtete Kategorie derselben sind die Popularklagen zum Schutz schutzbedürftiger Personen, z. B. der bevormundeten Unmündigen (postulatio suspecti tutoris I. 1 § 6 de susp. tut. 26. 10), der Minderjährigen (judicium legis Plaetoriae IV, 118) und andere Fälle IV, 111 fl.

100b) Gaj. IV, 82 . . alterius nomine agere non licebat nisi pro populo. I, 1 de pop. act. (47. 23); popularem actionem, quae suum jus populi (-o?) tuetur I. 8. § 3 de O. N. N. (39. 1) . . alieno jure contendo, non meo.

Neben dem Gesamteigentum der Gentilen gab es nun, wie wir oben zu begründen versuchten, auch Privateigentum an unbeweglichen wie beweglichen Sachen. Es ist bereits bemerkt, daß die Ungebundenheit, mit der sich später die Idee des Eigentums entwickelte, mit der Gentilverfassung vereinbar war. Welcher Art die Beschränkungen waren, denen die Dispositionsbefugnis des Eigentümers im Interesse der Gens unterlag, läßt sich für die Veräußerung *einzelner* Sachen nicht näher bestimmen.[101])

Dahingegen glaube ich nachweisen zu können, daß die Gens gegen die Gefahr, ein *Gesamtvermögen* zu verlieren, gesichert war. Ein solcher Verlust war für sie auf doppelte Weise möglich, nämlich teils durch Austritt, teils durch testamentarische Disposition ihrer Mitglieder. Was jenen ersten Fall anbetrifft, so ging das römische Recht von der Ansicht aus, daß dem Bürger der Austritt aus dem Staatsverbande jederzeit freistehe, und daß damit seine Rechte wie seine Pflichten gegen den Staat und die einzelnen erlöschen. Die Gens konnte von ihrem Standpunkte aus der Aufgabe des Staatsbürgerrechts nichts in den Weg legen; wer von ihr nichts mehr begehrte, von dem durfte auch sie ihrerseits nichts fordern. In dieser Freizügigkeit lag keine sonderliche Gefahr [§ 16]. Ganz anders stand die Sache, wenn jemand seine Gens verlassen wollte, nicht um sein Staatsbürgerrecht aufzugeben, sondern um in eine andere Gens überzutreten; ein Erfolg, der auf dem Wege der Arrogation erreicht werden konnte, indem nämlich der Austretende sich von einem Mitgliede der neuen Gens als Sohn annehmen ließ. Sein ganzes Vermögen fiel damit dem Adoptivvater zu, kam also

101) Von der gänzlichen Entziehung der Dispositionsbefugnis durch eine cura prodigi ist bereits oben die Rede gewesen. *Rudorff*, Schriften der röm. Feldmesser II S. 303 nimmt für die älteste Zeit die Stammgutseigenschaft, d. i. die Unveräußerlichkeit der ursprünglichen romulischen Landlose an; die zwei Gründe, welche er anführt, sind sehr schwach; ich habe mich darüber in der Vorrede zu Bd. 3 ausgesprochen.

aus seiner bisherigen Gens heraus.[102]) Derselbe Erfolg konnte dadurch eintreten, daß jemand ein Mitglied einer andern Gens zum Erben einsetzte. In beiden Fällen hing aber nach älterem Recht diese Disposition weder ganz von der Zustimmung der beteiligten Gens ab, noch war sie ganz ins Belieben des Subjekts gestellt. Das System der öffentlichen Garantie (S. 148 und 220) gab dem Volk Gelegenheit, den Konflikt zwischen dem Interesse der Gens und dem Willen eines ihrer Mitglieder je nach Befund der Umstände zugunsten des einen oder andern Teils zu schlichten. Es konnte ebensowohl Voraussetzungen geben, unter denen jene beiden Maßregeln durchaus gerechtfertigt, wohl gar dem Interesse des Staats förderlich waren, als umgekehrt Fälle, in denen der Widerspruch der Gens volle Beachtung verdiente. Die der Abstimmung des Volks vorausgehende Verhandlung gab den interessierten Personen, wozu bei der Arrogation auch die Gläubiger gehörten, Gelegenheit, ihr Interesse geltend zu machen.

Wir haben im bisherigen die innere Organisation der Gens erörtert, und damit ist das Wesentliche der Gentilverfassung angegeben. Das Verhältnis der Gentes zum Gesamtstaat läßt sich für unsern Zweck mit wenig Worten erledigen. Letzterer ist ein Staatenbund, der seinem letzten Grunde nach auf den Gentes beruht. Nach den Gentes sind die Rechte und Lasten des Staats verteilt, mit dem einzelnen Bürger steht der Staat in keiner unmittelbaren politischen Beziehung. Die Kurien und Tribus sind Zusammensetzungen der Gentes, deren ursprüngliches Motiv ich in dem Interesse der Wehrverfassung erblicke; ihre politische Bedeutung und ihre korporative Innigkeit tritt gegen die der Gentes ganz in den Hintergrund. Letztere sind sittlich und

102) Die in adoptionem datio konnte gleichfalls einen Übertritt in eine fremde Gens begründen, allein hier ging kein Vermögen mit über, weil der Hausſohn vermögensunfähig war; darum brauchte man hier dem Willen des Vaters keine Beschränkung aufzulegen.

juristisch am stärksten entwickelt, die Verbindung wird loser, je weiter sie hinaufsteigt, und der Gesamtstaat steht nicht über den Gentes, sondern besteht aus ihnen, d. h. seine Macht ist nur die Summe der ihrigen. Wie die Gens nur ein koordiniertes Verhältnis der Gentilen begründet, so auch der Gesamtstaat nur eine koordinierte Verbindung der einzelnen Gentes. Die weitere Ausführung dieses Gedankens verschieben wir passender auf den nächsten Paragraphen und gedenken hier nur noch, bevor wir die Gens verlassen, der Rückwirkung, die sie unserer Ansicht nach auf die Familie ausgeübt hat.

Im ältern römischen Recht hat sich die Familie von ihrer natürlichen Basis, der Blutsverwandtschaft, weit entfernt. Bloße Blutsverwandtschaft ist hier eine ziemlich gleichgültige Tatsache; die zivilen Verwandten, die Agnaten, haben die Blutsverwandten, die Kognaten, in den Hintergrund gedrängt. Der entfernteste Agnat und die Gentilen schließen den emanzipierten Sohn beim Tode seines Vaters oder den Enkel bei dem seines mütterlichen Großvaters von der Erbschaft aus; beiden, dem Verstorbenen so nahe stehenden Personen, vielleicht seinen einzigen Deszendenten, erkennt das Recht, das in ihnen nur Fremde erblickt, kein Erbrecht zu, selbst nicht an letzter Stelle. Woher diese scheinbare Härte? Sie war eine Konsequenz der formalistischen Behandlung des Verwandtschaftsverhältnisses, die durch die politische Funktion desselben in der Gentilverfassung notwendig gemacht wurde. Indem die Familie eine politische Korporation wird, nimmt sie notwendigerweise Bestandteile in sich auf und unterwirft sich Beschränkungen, die ihrem ursprünglichen Wesen fremd sind. Es bereitet sich damit eine Spaltung, die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der natürlichen und juristischen Familie vor; während diese mit den wesentlichsten rechtlichen Vorteilen des Familienverhältnisses ausgestattet wird, ist jene derselben beraubt und nur auf das freie Walten der individuellen Liebe angewiesen.[102a])

102a) Darum auch die genaue sprachliche Unterscheidung zwischen Oheimen

Aus der Oppoſition, in der ſich die natürliche Familienliebe in einem ſolchen Fall zu der juriſtiſchen Behandlungsweiſe fühlte, ging das Beſtreben hervor, der natürlichen Familie durch Rechtsgeſchäfte zu erſetzen, was das Geſetz ihr verſagt hatte, insbeſondere durch Teſtament das Inteſtaterbrecht. Bei den vorrömiſchen Völkern hemmte die Familie die teſtamentariſche Freiheit, bei den Römern treibt ſie durch ihre teilweiſe verſchobene Stellung dieſelbe hervor, wenigſtens läßt ſich dieſe Stellung als zureichender Grund bezeichnen, der das Bedürfnis der Teſtamente in Rom motiviert, während man abgeſehen davon auf eine ſolche Motivierung verzichten und vielmehr annehmen müßte, daß die Teſtamente nicht einem ſittlichen Motive, ſondern der Willkür, der Auflehnung gegen die bei allen Völkern bemerkbare Verbindung des Erbrechts mit der Familie ihren Urſprung verdankt hätten. Im Zweifel darf man vermuten, daß ein Rechtsinſtitut an dem Punkt zuerſt zum Vorſchein gekommen iſt, wo das Bedürfnis nach demſelben am dringendſten war. Wir haben für die römiſchen Teſtamente einen ſolchen Punkt aufgedeckt und halten es für wahrſcheinlicher, daß dasſelbe ſittliche Motiv, dem das Erbrecht überhaupt ſeine Exiſtenz verdankt, das der Familienliebe, auch die Teſtamente hervorgerufen, als daß die bloße Willkür dies hätte vollbringen können.

Der Staat vom Standpunkt des ſubjektiven Prinzips aus — Die publiziſtiſche Sozietät der Individuen — Baſierung der Strafgewalt auf Rache, der geſetzgebenden Gewalt und des Rechtsſchutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und nicht anerkannten Rechte.

XV. Der Weg, den wir bisher zurückgelegt haben, hat uns vom Individuum aus durch die Familie zur Gens geführt, und wenn wir jetzt den letzten Schritt machen, den von der Gens zum Staat, ſo iſt es nicht ſowohl das Ziel, bei dem wir damit

---

und Tanten, bzw. Großoheimen und Großtanten von Vater- und Mutterſeite (patruus, amita — avunculus, matertera).

anlangen, dem wir unſere Aufmerkſamkeit zuwenden wollen — die vielbeſprochene älteſte Verfaſſung des römiſchen Staats —, als der Schritt ſelbſt, den wir zu dem Zweck zu tun haben. Unſere Frage iſt nämlich die: ſtellt ſich der Staat gegenüber den Ideen, die wir bisher kennen gelernt haben, als Schritt oder als Sprung dar, mit andern Worten: iſt er mittelſt ihrer konſtruierbar, oder enthält er etwas ſpezifiſch Neues?

Dieſe Frage mag befremdend erſcheinen; denn iſt, kann man ſagen, der Staat gegenüber den Individuen nicht ſtets etwas ſpezifiſch Neues, iſt er nicht eine von ihnen verſchiedene, ihnen übergeordnete Macht, tätig werdend durch eigene Organe und Vertreter, ein Weſen höherer Art mit höheren Zwecken und höheren Mitteln? Das iſt allerdings der Staat der Gegenwart, aber es iſt nichts verkehrter, als dieſe Auffaſſung überall, wo der Staat in der Geſchichte ſich zeigt, zu ſupponieren; denn ſie ſelbſt ſowohl wie der Staat, dem ſie entſpricht, iſt das Werk eines langen hiſtoriſchen Prozeſſes. Uns dünkt dieſe Auffaſſung ſo natürlich, daß wir nur gar zu leicht in den Fehler verfallen, ſie in die Vergangenheit zu übertragen, während doch letztere mit ihrem Staat völlig andere Ideen verband. So wie ein und derſelbe Gegenſtand in verſchiedenen Sprachen von ſehr verſchiedenen Geſichtspunkten aus benannt ſein kann, der Römer, wenn er das lateiniſche Wort gebrauchte, ſich den Gegenſtand von einer ganz andern Seite, in ganz anderer Weiſe dachte als wir bei dem entſprechenden Ausdruck unſerer Sprache, ſo iſt es auch mit dem Staat und allen ſeinen Gewalten und Funktionen der Fall. Civitas, res publica bezeichnet denſelben Gegenſtand, den wir Staat nennen, lex überſetzen wir mit Geſetz, judex mit Richter, poena mit Strafe uſw., und es erſcheint uns unbedenklich, den älteſten römiſchen Staat, weil wir leges und judices in ihm antreffen, mit einer geſetzgebenden und richterlichen Gewalt auszuſtatten. An dieſen modernen Ausdrücken aber klebt die ganze politiſche Anſchauung unſeres Jahrhunderts; unbewußt tragen wir mit jedem Worte etwas Falſches in den römiſchen Staat hinein.

Dieſer Fehler iſt es, den ich im folgenden unausgeſetzt bekämpfen werde. Ich hoffe zeigen zu können, daß der älteſte römiſche Staat auf ganz anderen Ideen beruhte, als die wir mit dem Staat verbinden, daß die Römer unter res publica, jus publicum, judex, poena publica uſw. ſich etwas ganz anderes dachten, als was wir unter den entſprechenden Ausdrücken unſerer Sprache uns vorſtellen. Das Prisma ihrer ganzen Auffaſſungsweiſe war meiner Anſicht nach das Prinzip des ſubjektiven Willens (§ 10—12), und wir wollen im folgenden den Verſuch machen, uns auf dieſen Grund hin ihre Anſchauung zu rekonſtruieren. Möge unſer Verſuch vorläufig immerhin den Schein einer aprioriſchen Konſtruktion auf ſich laden, im Verlaufe der Darſtellung wird dieſer Schein hoffentlich mehr und mehr ſchwinden, und ich halte meinen Zweck für völlig erreicht, wenn mir ſchließlich nur die bloße Möglichkeit meiner Anſicht zugeſtanden wird. Die erwieſene Möglichkeit einer Entſtehung des römiſchen Staats aus dem ſubjektiven Prinzip heraus hat für die Annahme ihrer Wirklichkeit dasſelbe Gewicht, das man jeder Hypotheſe einräumt, die zwei hiſtoriſch beglaubigte Punkte durch eine Verbindungslinie zu verknüpfen weiß. Da die Geſchichte wie die Natur keine Sprünge kennt, da beide das Größte aus dem kleinſten Keime hervorgehen laſſen, ſo ſind wir ganz in unſerm Recht, wenn wir für den Staat und ſeine Inſtitutionen uns nach geringen Anfängen umſehen, ſie an ein Minimum vorausgeſetzter ſittlicher und politiſcher Ideen anzuknüpfen verſuchen.

Vom Standpunkte des ſubjektiven Prinzips aus ſtellt ſich die ſtaatliche Gemeinſchaft als ein Vertragsverhältnis dar. Der Zuſtand der Verträglichkeit, in dem der einzelne mit dem einzelnen lebt, iſt die Folge eines ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Vertrages, der Friede, pax, die des pactum, des pacisci. Das dadurch begründete Gemeinſchaftsverhältnis

aber ist das der Gleichheit, der Koordination. Untersuchen wir, zu welchen Ergebnissen wir gelangen, wenn wir diesen Gesichtspunkt konsequent durchführen.

1. Der Staat verhält sich zu den Bürgern ebenso wie die Gens zu den Gentilen, d. h. er ist nichts von ihnen Verschiedenes, nichts außer und über ihnen, sondern der Staat sind sie selbst, Staat und Volk ist gleichbedeutend. Wenn die natürlichen Personen bei der Bildung der Gens der Abstraktion einer von ihnen verschiedenen Persönlichkeit noch nicht erlegen sind (Note 98), so folgt daraus, daß das bloße Addieren mehrerer Gentes zu einem Gesamtstaate, das Zusammentreten mehrerer Personen auf der einen mit mehreren Personen auf der anderen Seite dies Verhältnis nicht ändert. Beide Verhältnisse stehen, juristisch gesprochen, unter dem Gesichtspunkt einer politischen Sozietät, der Staat als Subjekt erfaßt, sind die sämtlichen cives, die „civitas". Aus diesem Hauptgesichtspunkt folgt:

2. Soweit diese publizistische Sozietät reicht, erscheint als Subjekt der daraus fließenden Rechte, als Vertreter ihrer Interessen nicht der Staat, sondern das gesamte Volk, die sämtlichen Bürger und folglich auch jeder einzelne von ihnen. Privatrechte und öffentliche Rechte unterscheiden sich nicht durch Verschiedenheit des Subjektes voneinander; Subjekt ist für beide die natürliche Person, und der Unterschied liegt nur darin, daß die Privatrechte auf den einzelnen eine ausschließliche Beziehung haben, während an den öffentlichen jeder partizipiert. Der Ausdruck für jene ausschließliche Beziehung ist proprium (pro privo),[103] für diese dem Volk gemeinsamen Interessen populicum, publicum, popularis. Res publica, nach späterer Auffassung der Staat als Persönlichkeit gedacht, bezeichnet daher ursprünglich nichts weiter als was allen gemeinsam ist, res publicae die einzelnen Sachen der publizistischen Sozietät, z. B.

103) Wegfall des v wie bei dewa, divus, deus. Pott a. a. O. B. 1 S. 266.

öffentliche Wege, Plätze usw., an denen jeder gleiches Recht hat.[104])

Wenn die einzelnen Individuen als Subjekte der öffentlichen Rechte aufzufassen und die öffentlichen Interessen nichts sind als die Interessen aller und darum auch jedes einzelnen, so folgt daraus, daß jeder einzelne berufen und berechtigt ist, diese Interessen wahrzunehmen, eine Verletzung derselben zu verhindern oder, wenn sie geschehen, sich in derselben Weise Genugtuung zu verschaffen wie in seinen Privatangelegenheiten. Bestand nun rücksichtlich der letzteren das ursprüngliche Mittel in der Selbsthilfe, so dürfen wir auch hier denselben Entwicklungsgang annehmen, und zwar können wir dabei in gleicher Weise wie auf dem Gebiete des Privatrechts eine Selbsthilfe im engern Sinn und eine Privatrache unterscheiden. Eine Beeinträchtigung des freien Gebrauchs der öffentlichen Sachen, eine Gefährdung der Sicherheit der Passage usw. würde nur zur Selbsthilfe im engern Sinn Veranlassung gegeben haben, sie enthielt keine Verletzung der Persönlichkeit des Berechtigten. In späterer Zeit tritt an die Stelle dieser vom Volk in formloser Weise gehandhabten Polizei die solenne Form derselben: actio popularis, über die bereits bei Gelegenheit des analogen Verhältnisses innerhalb der Gens (S. 201) das Nötige bemerkt ist. Wie sehr sich in der actio popularis, die jeder Bürger als solcher anstellen kann, die ganze Auffassung, um die es uns hier zu tun ist, daß nämlich die Bürger, nicht der Staat, das Subjekt der öffentlichen

104) Dieser Gesichtspunkt ist namentlich bei der Geschichte des ager publicus nicht außer acht zu lassen. Er ist das Gemeinde-Land sämtlicher Patrizier, ein gemeinschaftliches, ungeteiltes Eigentum derselben, von diesem Gesichtspunkt aus konnten sie die darauf zielenden Bestrebungen der Plebejer im vollen Gefühl ihres Rechts als Angriffe auf ihr Eigentum zurückweisen. Eine Bezugnahme darauf aus späterer Zeit s. bei Cicero Tusc. Disp. III, 20 § 48: nolim mea bona (das Staatsvermögen) Gracche tibi viritim dividere liceat, sed si facias, partem petam. S. auch IV, 332 Note 468.

Rechte sind, abspiegelt, darauf braucht nicht erst besonders aufmerksam gemacht zu werden.

Fiel die der Gesamtheit zugefügte Rechtskränkung unter den Gesichtspunkt eines Delikts oder Verbrechens (delictum oder crimen publicum) — und dies war mittelbar auch bei einer Handlung möglich, die zunächst nur gegen eine Privatperson gerichtet war —, so übte konsequenterweise das ganze Volk Rache (vindicta publica). In einzelnen Spuren schimmert dieser primitive Zustand, von dem die Geschichte uns bei andern Völkern so viele Beispiele gewährt, noch deutlich genug durch.[105]) Den falschen Zeugen stürzte das Volk vom tarpejischen Felsen, den homo sacer, über den wir erst bei Gelegenheit des religiösen Prinzips handeln können, schlug tot, wer da Lust hatte. Wie nun aus der Privatrache sich die Klage auf Privatstrafe entwickelte, so aus der vindicta publica die auf öffentliche Strafe (judicium publicum). In späterer Zeit, als der Staat, nicht die sämtlichen einzelnen, als der Verletzte aufgefaßt wird, fallen Delikt und Verbrechen, Privat- und öffentliche Strafe sowohl ihrem Begriff als der Form des Verfahrens nach weit auseinander, allein das Ursprüngliche ist die Gleichheit des Gesichtspunktes, wie sie sich noch darin ausspricht, daß die Ausdrücke delictum, vindicta, poena ebensowohl von Verbrechen als von Privatdelikten gebraucht wurden.

Der Übergang von der Volksjustiz zur organisierten Strafrechtspflege erfolgte weit früher als der der Privatrache zu dem System der Privatstrafen. Zur Zeit der XII Tafeln, wo diese Umwandlung hinsichtlich der Privatrache noch im Werden begriffen ist, erscheint sie hinsichtlich der vindicta publica bereits vollständig abgeschlossen. Woher diese Erscheinung? Vielleicht daher, weil die öffentliche Rache, ich möchte sagen, weit unbe-

105) Rubino a. a. O. S. 478 ff. will auch in der Provokation „einen geringen Überrest einer in der Vorzeit gegen die inneren Feinde der Staatsgesellschaft üblichen Volksjustiz" erblicken, aber gewiß mit Unrecht.

holfener, schwerfälliger und darum weniger lebensfähig war als die Privatrache. Während nämlich bei letzterer nur zwei Personen sich gegenüberstanden, der endliche Zweck der Rache also, die Satisfaktion, sich hier durch einen Vertrag beider Personen leicht erreichen ließ, drohten dem Täter bei der öffentlichen Rache so viele Gegner als Verletzte — und verletzt war ja jeder Bürger — es nützte ihm also nichts sich mit einem oder mehreren von ihnen abzufinden, denn es blieben immer noch nicht abgefundene Personen übrig. Das einzige Mittel zur Erledigung der Sache bestand darin, mit dem gesamten, in den Komitien versammelten Volk oder mit einem, der dasselbe in dieser Beziehung zu vertreten ermächtigt war, den Abfindungsvertrag abzuschließen. Die Organisierung der Strafrechtspflege war also in der Tat ein Fortschritt *im Interesse des Verbrechers*. Statt daß ihm früher Rache drohte, wo er stand und ging, statt daß dieselbe früher völlig maßlos und unbestimmt war, und kein Vertrag, keine Berufung auf bereits geleistete Genugtuung ihn gegen das Verlangen einer wiederholten Gewährung derselben schützte, verschaffte ihm jene Veränderung den Vorteil einer definitiven Erledigung der Sache durch Zuerkennung einer der Gesamtheit zu leistenden Strafe.

Die erkannte Strafe ließ sich wie die Privatstrafe unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen, unter den einer *Abfindung* der Rache und den einer in veränderter Form vollzogenen *Ausübung* derselben. Von beiden Gesichtspunkten aus war ein Übergang von der wilden Volksjustiz zur geordneten Strafrechtspflege möglich. Sie gehen übrigens so ineinander über, daß man sich nicht ausschließlich für den einen oder andern entscheiden kann. Auch der Geist, in dem das römische Volk zur Zeit der Republik die Strafgerichtsbarkeit handhabte, verträgt gleichmäßig die Unterstellung des einen wie des andern Gesichtspunktes. Bei den Verhandlungen, die vor dem Volke stattfanden, hing der Erfolg bekanntlich nicht so sehr von der Größe und Strafwürdigkeit des Verbrechens als von dem Maße ab, in dem

das Rachegefühl des Volks erregt, die Verletzung empfunden ward (II, 46 fl.). An einem verhaßten Bürger *rächte* sich das Volk bei Gelegenheit eines verhältnismäßig leichten Verbrechens, und bei einem schweren Verbrechen, das aber von einem populären Bürger verübt war, ließ es mit sich *handeln* und sich dessen gute Gesinnung und dem Staat geleistete Dienste als Abfindungspreis gefallen.

Der Versuch, die Strafgewalt des Volks aus dem Gesichtspunkt zu erklären, daß das Verbrechen *alle* verletzt habe und darum auch die Rache *aller* herausfordere, würde diese Gewalt mit der obigen Annahme des Koordinationsverhältnisses in Übereinstimmung bringen. Die erkannten Strafen, mochten sie selbst in Todesstrafe, Exil, Beschlagnahme des Vermögens usw. bestehen, weisen durchaus nicht auf eine Über- und Unterordnung, auf eine Macht über Leben und Tod hin. Die Privatrache, bei der ja zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten zweifellos ein koordiniertes Verhältnis stattfand, gewährt fast zu jeder Strafe ein Seitenstück. Zur Todesstrafe — ich erinnere an den nächtlichen Dieb, den Ehebrecher, den Bankerotteur; zum Verkauf in fremde Sklaverei, den das Volk bei demjenigen, der sich zum Zensus oder zur Aushebung nicht gestellt hatte (incensus und infrequens), vornahm — ich verweise auf den zahlungsunfähigen Schuldner; zur publicatio bonorum — auch der Gläubiger nimmt das zurückgelassene Vermögen seines flüchtigen Schuldners in Besitz. Hinsichtlich des Exils bedarf es keiner Bemerkung, daß das Recht der Ausschließung, welches jeder Gesellschaft zusteht, niemals eine Überordnung voraussetzt, sondern sich rein vom Standpunkt der Sozietät aus ergibt.[105a])

Den bisher entwickelten Ideen steht die Ansicht entgegen, daß das Volk erst zur Zeit der Republik in den Besitz der Strafge-

---

105a) Auf diesen Gesichtspunkt sucht noch Cicero pro Caecina c. 33, 34 die Verwirkung des Bürgerrechts zurückzuführen.

walt gekommen, letztere früher den Händen des Königs anvertraut gewesen und einen ursprünglichen Bestandteil der königlichen Gewalt gebildet haben sollte. So sehr diese Ansicht durch unsere Quellen unterstützt zu sein scheint, so halte ich sie doch für verkehrt. Allerdings stand dem Könige eine sehr wirksame Strafgewalt zu, ich hoffe aber später (§ 17) nachzuweisen, daß sie sowohl wie die ganze Würde des Königs ursprünglich rein militärischer Natur war. Es muß zugegeben werden, daß sie im Laufe der Zeit die Strafgerichtsbarkeit des Volks beeinträchtigte, ja ganz in den Schatten drängte, und ich finde es ganz begreiflich, daß unsere Quellen nur den König als Inhaber der Strafgewalt erwähnen. Aber andererseits ward doch dem Volk nicht jeglicher Anteil an der Strafrechtspflege entzogen, wie das Provokationsrecht beweist (§ 17), und für die Urzeit ist dieser spätere Zustand überhaupt nicht maßgebend. Wenn daher zur Zeit der Republik das Volk im Besitz der höchsten Strafgerichtsbarkeit erscheint, so haben wir uns dies meiner Ansicht nach nicht so zu denken, als ob das Volk erst jetzt zum erstenmal erhalten hätte, was es bis dahin nie gehabt hatte, sondern es erhielt nur zurück, was ihm durch die Usurpation der Könige entzogen worden war.

Wir wenden uns einer neuen Konsequenz des Satzes zu, von dem wir oben ausgegangen sind, nämlich daß nicht der Staat, sondern das gesamte Volk und mithin jeder einzelne das Subjekt des jus publicum war. Ist dieser Satz richtig, so muß er wie von den aus dem jus publicum fließenden Rechten so auch von den durch dasselbe auferlegten

3. Pflichten gelten, und in der Tat gewährt uns das römische Völkerrecht eine schlagende Konsequenz. Ein mit einem fremden Volke abgeschlossener Vertrag verpflichtet nicht die beiderseitigen Staatsgewalten, sondern sämtliche Angehörige beider Völker, darum wird der einzelne, der diesen Vertrag verletzt, weil er damit eine auch ihm obliegende Verpflichtung gebrochen,

dem fremden Volk überliefert (deditio).[106] Krieg und Frieden zwischen zwei Staaten ist Krieg und Frieden zwischen sämtlichen Individuen.

4. Wille des Staats ist Wille sämtlicher Bürger, das Gesetz ein Vertrag, wodurch sich letztere gegenseitig zu einer gewissen Handlungsweise verpflichten, Recht im objektiven Sinn ist die daraus entstehende Verpflichtung aller. Nicht der Staat als ein über den Bürger erhaben gedachtes Wesen, sondern die Individuen sind das Subjekt der gesetzgebenden Gewalt, die ursprüngliche Form des Gesetzes ist nicht die eines an Untergebene gerichteten Gebotes oder Verbotes, sondern die einer zwischen gleichgestellten Personen getroffenen Übereinkunft — eine Entwicklung des Rechts im objektiven Sinn aus dem Vertrage heraus, die sich auch anderwärts vielfach nachweisen läßt.[107]

Das Gesetz also ist nichts als eine auf das ganze Volk angewandte Obligationsform. Darum ist wie bei der Obligierung einzelner so auch hier Frage und Antwort (Stipulationsform) nötig, das Volk wird rogiert[108] und erteilt durch Abstimmung seine Antwort. Im Geiste dieses ursprünglichen Verhältnisses nennt daher ein römischer Jurist[109] das Gesetz ganz zutreffend eine communis reipublicae sponsio.

Etymologisch weist uns der Ausdruck lex auf die Vorstellung

---

106) Liv. I, 32. V, 36. VII, 20 u. a. Walter, Röm. R.-Gesch. Aufl. 3. § 74, 75.

107) In Deutschland z. B. bei der Geschichte der landständischen Verfassung. Das Staatsrecht (im objektiven Sinn) erscheint hier als der Inbegriff der den Ständen vertragsmäßig eingeräumten (subjektiven) Rechte.

108) Lex rogatur. So werden auch die Zeugen beim Testament, welche die Stelle des Volks einnehmen (S. 149), rogiert; daher auch der Ausdruck arrogatio, worin beiläufig gesagt ein neuer Grund für die a. a. O. vorgetragene Ansicht, daß bei beiden Akten ursprünglich das Volk abgestimmt habe, gefunden werden kann. Übrigens hat bereits Rubino a. a. O. S. 255 in der Form der Befragung und Abstimmung des Volks die Ähnlichkeit mit der Stipulation erkannt, ohne aber freilich im übrigen den Weg den ich hier eingeschlagen habe, zu verfolgen.

109) Papinian, in l. 1 de legib. (1. 3).

des „legere“ = „Legens“ hin, lex wäre also etwa gleichbedeutend mit Auflage.[110]) Der Sprachgebrauch, der diesen Ausdruck gleichmäßig von Gesetzen wie von Privatvereinbarungen[111]) gebraucht, zeigt, daß beide ursprünglich in der Vorstellung der Römer auf einer Linie standen. Gesetz und Vertrag sind ursprünglich nicht durch ihre intensive Wirksamkeit, sondern bloß durch ihr Anwendungsgebiet unterschieden, in derselben Weise wie die vindicta publica und privata. Eine lex publica ist ein Vertrag aller und umgekehrt eine Privatvereinbarung ein Gesetz für die beiden Kontrahenten. Wie nun der Privatvertrag, um wirksam zu sein, die Angelegenheiten der Kontrahenten zum Gegenstande haben muß, so gleichfalls der öffentliche Vertrag die Interessen sämtlicher Bürger. Der Satz: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, läßt sich dahin umdrehen: jus privatum pactis publicis mutari non potest, d. h. das Gesetz soll keine lex privi, d. i. privi-legium einführen.[112])

Die Wirkung des Gesetzes für den einzelnen ist die eines Vertrages, den er selbst mit abgeschlossen hat.[113]) Eine Übertretung des Gesetzes ist also die Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit, und je nachdem das Volk selbst oder ein einzelner das Subjekt ist, dem das jener Verbindlichkeit korrespondierende Recht zugedacht war, und das mithin durch die Verletzung desselben

---

110) Auch unser deutsches Legen, Liegen ist in demselben Sinne verwandt worden, z. B. Auflage, Obliegenheit alth. lag das Gesetz. Die Etymologen streiten aber darüber, ob neben der Wurzel leg im Sinne von zusammensuchen, sammeln (legere in der Bedeutung von Lesen = das Sammeln, Zusammenlesen von Buchstaben) noch eine eigene Wurzel λεχ (legen, lectum = worauf man sich legt, d. i. Bett, lex = Auf-lag-e) anzunehmen ist. Pott a. a. O. S. 257, 258.

111) z. B. vendere, dare hac lege, lex commissoria, leges rerum venalium vendendarum usw.

112) Der bekannte Satz aus den XII Tafeln: privilegia ne irroganto.

113) Ob er für oder gegen das Gesetz stimmte oder an der Abstimmung keinen Anteil nahm, ist für diese Auffassung gleichgültig. Indem er im Staate bleibt, erkennt er das Gesetz hinterher auch für sich als bindend an.

beeinträchtigt wird, kann das Volk oder der einzelne zur Selbsthilfe schreiten.

Diese Wirkung des Gesetzes, daß jeder gebunden wird, drückt der Ausdruck jus aus. Lex bezeichnet den Grund des Rechts, den Akt des Auferlegens, jus die Folge, den dauernden Zustand des Gebundenseins. Die lex publica begründet das jus im objektiven Sinn, die Rechtssätze; die lex privata, der Vertrag, das jus im subjektiven Sinn, die Berechtigung. Wie Gesetz und Vertrag, die später so weit auseinander gehen, ursprünglich identisch gewesen sind, so auch Recht im objektiven und subjektiven Sinn.

Jus [114]) ist das Band, das Bindende, die Rechtsnorm, und

---

114) Von der Sanskrit-Wurzel ju „verbinden", von der auch jugum, das deutsche Joch, jumentum, jungere und eine Menge andere Wörter in verschiedenen Sprachen stammen. S. des weitern Pott a. a. O. S. 213. Aus dieser Wurzel erklärt Pott auch das seltsame Zusammentreffen der zwei Bedeutungen von jus als Recht und Brühe. Im Lettischen findet sich nach seiner Angabe das Wort jaut, d. h. Mehl mit Wasser einrühren, verbinden. Unser deutsches „Jauche" ist vielleicht dasselbe Wort mit jus im Sinn von Brühe. Interessant ist die Verschiedenheit der römischen und griechischen Bezeichnung des Rechtsbegriffs. Beide Sprachen bedienen sich zu dem Zweck verschiedener Wurzeln; die griechische der Wurzel dic, δίκη, zeigen, von der in der lateinischen Sprache dicere, digitus usw., letztere der Wurzel ju, von der das griechische ζυγὸν, jugum stammt. Das griechische Wort entspricht unserm deutschen „Weise" und hat wie letzteres die doppelte Bedeutung von „Art und Weise" und die von Norm, Regel (wie im Deutschen z. B. die Gesangweise). Δίκαιος ist seiner ursprünglichen Bedeutung nach der, der die Art befolgt, der Art-ige. Das beide Bedeutungen vermittelnde Moment ist das des Musters, Vorbildes; aus dem Vorbilde, der Präzedenz, wird Brauch, Sitte, Recht. Die griechische Sprache faßt also bei ihrer Bezeichnung des Rechtsbegriffs das Moment des Hergebrachten, Üblichen ins Auge, die Entstehung aus der Gewohnheit, die lateinische Sprache die Wirkung, nämlich die verbindende Kraft des Rechts. Außerdem hat die griechische Sprache noch das Wort νόμος von νέμειν teilen (die Regel, wonach jedem auf gleiche Weise zugeteilt wird). Über die Differenz der beiderseitigen Auffassung des Rechtsbegriffs s. Röder, Grundzüge des Naturrechts. Aufl. 2. B. 1 S. 55 (1860).

zwar jus im objektiven Sinn das, welches bindet, allen eine Pflicht auferlegt, beziehungsweise ein Anrecht gewährt, jus im subjektiven Sinn, was bloß einen *einzelnen* bindet und dadurch einem andern das Recht gewährt. Dieser letztere hat durch die zwischen ihnen beiden vereinbarte lex eine Rechtsnorm des Inhalts, daß der andere dies und das leisten sollte, ins Leben gerufen, und da die *Handhabung*, Vollziehung derselben *ihm* zusteht, so ist das Recht *sein*. Die Normen, welche die Gesamtheit sich gesetzt hat oder stillschweigend anerkennt, und über deren Befolgung *sie* wacht, verhalten sich zu ihr in derselben Weise, d. h. sie erscheinen nicht als subjektiv beziehungslose Rechtssätze, sondern als *ihre Rechte, Befugnisse*.

5. *Das Verhältnis der Staatsgewalt zum Privatrecht*. Nach einer verbreiteten Ansicht, die auf den ersten Blick etwas Bestechendes hat, hätte das Privatrecht in ältester Zeit in völliger Abhängigkeit vom Staat gestanden und sich erst nach und nach aus diesen Banden befreit, während unser obiger Gesichtspunkt uns zu der entgegengesetzten Annahme der ursprünglichen völligen Unabhängigkeit des Privatrechts vom Staat zwingt. Der Schein, den jene Ansicht für sich hat, besteht in den öffentlichen Formen, in denen das Privatrecht der ältesten Zeit auftritt, sowie in jener Gegensatzlosigkeit der verschiedenen Teile des Rechts, die wir schon öfter Gelegenheit hatten hervorzuheben. Aber gerade jene Formen beweisen, daß der Staat an sich mit dem Privatrecht nichts zu tun hatte, denn sie werden eben nur zu dem Zwecke angewandt, um ihn mit demselben in eine Beziehung zu setzen, die von vornherein nicht existiert. Jene Gegensatzlosigkeit aber besteht nicht darin, daß der Staat das Privatrecht, sondern daß das Privatrecht den Staat dominiert, d. h. nicht das Privatrecht ist nach publizistischen, sondern der Staat nach privatrechtlichen Prinzipien konstruiert. Es wäre gegen alle Geschichte, daß der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben; das Gefühl der individuellen Selbständigkeit ist das absolute erste; erst im

mühsamen, allmählichen Kampfe mit demselben gelangt das Staatsprinzip zur Herrschaft.

Es möge einer spätern Stelle (II. § 28) vorbehalten bleiben, den genannten Nachweis zu führen, wie wenig die römische Anschauung mit dieser Ansicht harmoniert. Nicht der Staat gilt ihr als Quelle des subjektiven Rechts, sondern das Subjekt selbst, sein Wille, seine Tat. Soweit die Rücksichten auf seine Zwecke es erheischen, kann der Staat dem einzelnen eine Beschränkung innerhalb seiner Privatsphäre zumuten, aber die Idee, daß er beliebig die Grundsätze feststellen könne, nach denen der Privatrechtsverkehr vor sich zu gehen habe, oder daß er gar nach Gutdünken über die erworbenen Rechte disponieren dürfte, ist dem römischen Altertum völlig fremd.

Was hatte denn der Staat oder die Gemeinschaft mit dem Recht des einzelnen zu tun? An und für sich gar nichts. Die Verbindung zwischen beiden wird nur dadurch hergestellt, daß der einzelne sich für sein Recht die Garantie der Staatsgewalt erwirkt, es unter ihren Schutz stellt. Wir kommen damit auf einen Punkt zurück, den wir bereits oben (S. 148 fl.) berührt haben, und den wir jetzt mit Rücksicht auf den gegenwärtigen Gesichtspunkt weiter verfolgen wollen.

Die Hauptgeschäfte des römischen Rechts wurden unter öffentlicher Garantie abgeschlossen, alle wichtigeren Rechte stützten sich entweder unmittelbar oder mittelbar auf Anerkennung und Zusicherung von seiten des Volks. Unmittelbar erfolgte diese Garantie bei dem testamentum in comitiis calatis und in procinctu und bei der arrogatio, mittelbar bei der mancipatio, dem nexum, der Eingehung der Ehe durch coemptio und confarreatio, und bei der Eintragung in die Zensusregister. Die in jure cessio, eine Scheinvindikation, bei der die Parteien darüber einig waren, daß dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zugesprochen werden solle, ordnete sich gleichfalls diesem Gesichtspunkt unter; denn der Spruch des Prätors stützte sich mittelbar auf die Autorität des Staats. Diese Geschäftsform gehört jedoch nicht

mehr der Urzeit, sondern einer Zeit an, die das rechtliche Verfahren bereits mit einer gewissen Freiheit zu handhaben verstand. Gewiß ist auch, nachdem die in jure cessio einmal aufgekommen, der Kreis ihrer Anwendbarkeit erst nach und nach erweitert, und manche rechtliche Disposition, die mittelst ihrer getroffen werden konnte, mag ursprünglich in einer anderen Form vorgenommen sein, von der wir jetzt keine Kunde mehr haben. So möchte ich z. B. für die Freilassung die Bewirkung derselben durch vindicta (in jure cessio) für eine neuere, bequemere, weil jederzeit anwendbare Form halten (wie denn auch von den Römern selber der erste Fall ihrer Anwendung im richtigen Takt erst in die Zeit der Republik verlegt wird) gegenüber der älteren, lästigeren, weil nur alle 5 Jahre anwendbaren, Form durch census. Jene steht zu dieser in demselben Verhältnis der Erleichterung hinsichtlich der Zeit und der Form der Vornahme des Akts wie das Manzipationstestament zu der nur zweimal im Jahre stattfindenden Testamentserrichtung vor den Komitien. Die Freilassung durch census gewährt uns einen unzweifelhaften Fall der Volksgarantie; nicht minder wurde diese Form auch bei andern Geschäften, z. B. Bestellung von Urbanalservituten, Übertragung von Eigentum usw. benutzt. Aber während für die Freilassung die neuere Form der in jure cessio die ältere nicht verdrängt hat, ist dies vielleicht bei manchen andern der Fall gewesen, und in der in jure cessio mögen ebenso sehr längst bekannte, an lästigere Formen geknüpfte Geschäfte sich verjüngt wie andere in ihr zuerst eine sicherstellende Form gewonnen haben. Darum ist es mir sehr bedenklich, von der spätern Anwendbarkeit der in jure cessio Schlüsse auf das älteste Recht zu ziehen; sie hat in meinen Augen nicht jenen ursprünglichen Charakter wie die übrigen eben genannten Formen (III, 535—537).

Mit Hilfe der bisher betrachteten Formen des ältesten Rechts ließen sich alle wichtigeren Rechte unter die Garantie des Volks stellen. Die Freiheit durch den census, die Ehe durch confarreatio und coemptio und damit zugleich die väterliche Gewalt

über die aus dieser Ehe erzeugten Kinder, die künstliche Begründung derselben durch arrogatio oder (bei der adoptio im engern Sinn) in jure cessio, die Vormundschaft durch Testament, das Eigentum und die Rustikalservituten durch mancipatio (Urbanal- und persönliche Servituten durch in jure cessio), Obligationen durch nexum, die Erbeseinsetzung, das Vermächtnis durch das Testament in der Volksversammlung und dessen spätere Nachbildung in dem test. per aes et libram.

Die Bedeutung dieser Volksgarantie für die Entwicklung des Rechts besteht in folgendem. Zuerst in unmittelbar praktischer Beziehung darin, daß sie der Selbsthilfe den höchsten Grad der Sicherheit verlieh, indem sie die Versuche des Widerstandes in der Geburt unterdrückte; der Widerstand gegen den, der auf Grund eines vom Volk garantierten Geschäfts zur Selbsthilfe schritt, war Widerstand gegen das gesamte Volk, und damit zugleich eine Nötigung für dasselbe, seine Schutzpflicht zu erfüllen (S. 149). Sodann aber in rechtsphilosophischer Beziehung darin, daß diese Volksgarantie das Medium ward, wodurch der Rechtsbegriff selbst eine höhere Stufe beschritt. Das Konkrete war hier wie so oft in der Geschichte des römischen Rechts die Brücke zum Abstrakten; aus dem Schutz der Rechte entwickelte sich der Schutz des Rechts. Die üblich gewordene Gewährleistung der einzelnen konkreten Privatrechte setzte als Bodensatz die Idee an, daß das Privatrecht im abstrakten Sinn Gegenstand der Fürsorge und der Gewährleistung des Staats sei, und aus der Berechtigung der Gemeinde, die nachgesuchte Garantie an Bedingungen zu knüpfen, entwickelte sich die Idee, daß der Staat berechtigt sei durch beschränkende Gesetze in das Gebiet des Privatrechts einzugreifen. Berechtigt der Schutz der Rechte zu Beschränkungen, so auch der Schutz des Rechts.

Die ursprüngliche Form also für das Verhältnis des Staats zum Privatrecht ist die eines Vertragsverhältnisses. Die Gemeinde sichert durch Vertrag ihren Schutz zu, und der Nachsuchende läßt sich die Bedingungen gefallen, an welche sie dieselbe

knüpft. Beides, der Schutz wie dieser Kaufpreis desselben stützt sich auf den freien Willen der Parteien, das Verhältnis ist wie bei jedem Vertrag das der Koordination. Begehrt der Berechtigte die Garantie des Volks nicht, so kann dieses ihn nicht beschränken, sein eigener Wille erschließt die Privatrechtssphäre die Einwirkung des Staats.[115])

Die bisherige Ausführung hat uns einen neuen Beleg gegeben für die wichtige Rolle, welche der Vertrag bei der Bildungsgeschichte des Rechts spielt. Er ist es, der uns überall wieder begegnet, bei dem Gesetz als dem Gemeindevertrag sämtlicher Genossen (S. 216), bei der Einführung der Privatstrafen (S. 134),

---

115) Ich lasse hier die Ausführungen der ersten Aufl. über den Gegensatz der öffentlich garantierten und nicht garantierten Rechte aus. Daß es, wenn die obige Ausführung richtig ist — und ich zweifle daran auch jetzt nicht — einen solchen Gegensatz gegeben haben müsse, ist klar, aber sich über dessen detailliertere Gestaltung in Vermutungen zu ergehen, kann zu nichts führen. Ich nehme aus der ersten Auflage nur den folgenden Inhalt dieser Note hinüber: — War vielleicht der Zentumviralgerichtshof für die Geltendmachung der öffentlich garantierten Rechte bestimmt? Die Zusage des Schutzes, die das Volk unmittelbar oder durch Repräsentanten gegeben, wäre hier durch einen Ausschuß des Volks gelöst worden. Alle Fälle, die Cicero in der bekannten Stelle de oratore I. c. 38 der Kompetenz dieses Gerichtshofes zuweist, gehören zur Klasse der öffentlich garantierten: die jura gentilitatum, agnationum, gestützt auf die staatsrechtlich anerkannte Verbindung der Gens und die ursprünglich römische, d. h. durch confarreatio, coemptio oder usus begründete Ehe mit manus; die jura testamentorum und tutelarum auf lex und öffentliches Testament; die jura mancipationum, nexorum, parietum, luminum usw. auf die Manzipationsform und die in jure cessio; die usucapio gehört gar nicht zu den Rechtsgeschäften. Daß im Zentumviralgericht der Staat in einer engern Beziehung zum Individuum erscheint als bei dem judex privatus, hat man herausgefühlt, den Grund davon aber darin gesucht (Puchta, Kursus der Institt. B. 2 § 153), daß der Staat hier sein eigenes Interesse wahre, was dem Zweck der Rechtspflege gegenüber weniger wahrscheinlich ist, während nach meiner Vermutung es sich als höchst natürlich ergibt, daß der Staat oder das Volk den rechtlichen Schutz solcher Verhältnisse, die ausdrücklich unter seine Garantie gestellt sind, selbst in die Hände nimmt und nicht dem judex privatus überweist, wenigstens nicht gegen den Willen des Berechtigten.

bei der Unterwerfung der Parteien unter den Richter (S. 167) und bei der gegenwärtigen Veranlassung. Als Vertrag läßt sich auch die Wahl der Könige und Magistrate bezeichnen, auf Vertrag beruht, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, das ganze Völkerrecht. So knüpfte also die Entstehung der Gesetzgebung, der Strafrechtspflege, des Zivilprozesses, des Beamtentums sowie die Idee des öffentlichen Rechtsschutzes an den Vertrag an, der staatlichen Gemeinschaft selbst liegt der Vertragsgesichtspunkt zugrunde, das ganze Völkerrecht löst sich in Verträge auf.

Es nimmt sich fast so aus, als ob uns hier das älteste römische Recht als Beleg für die Wahrheit der naturrechtlichen Konstruktion des Staats hätte dienen sollen, und im vorigen Jahrhundert zur Zeit der Herrschaft des Naturrechts würde der eben hervorgehobene Gesichtspunkt auf eine ebenso günstige Aufnahme haben rechnen dürfen, wie ihm in der Gegenwart das partielle Zusammentreffen mit naturrechtlichen Ideen zum Nachteil gereichen kann. Dies Zusammentreffen ist kein zufälliges. Der Vertragsstandpunkt ist die niedrigste Stufe, die der Staat selbst sowohl als die wissenschaftliche Betrachtung desselben einnehmen kann; kein Wunder, daß auf ihm das Naturrecht und das älteste römische Recht sich begegnen. Wie aber in Rom der Staat diesen Standpunkt im Laufe der Zeit praktisch überwand, so hat auch unsere heutige Theorie des Staats ihn aufgegeben, aber das darf uns nicht verleiten, die relative Berechtigung jenes Standpunktes zu verkennen und mit derselben Einseitigkeit, mit der die naturrechtliche Doktrin ihre der Kindheitszeit des Staats entsprechende Ansicht dem Staat überhaupt unterlegte, so umgekehrt unsere heutige dem Mannesalter desselben entnommene Auffassung auf die Kindheitsperiode zu übertragen. Beging jene Doktrin den Fehler, den Staat zu verflachen und zu erniedrigen, so droht uns die Gefahr, von der Höhe unseres heutigen Standpunktes die wirklichen Tiefen und Niederungen, durch welche die Geschichte den Staat hindurch geführt hat, zu übersehen, so sind wir geneigt der Frage

nach dem Werden des Staats und Rechts lieber gänzlich auszuweichen und beide für gewissermaßen auf übernatürliche Weise von Gott fertig in die Welt gesetzte Institutionen zu erklären, als zuzugeben, daß sie in prosaischer Weise durch Menschenhand gemacht sind. Der Romantik unserer heutigen historischen Ansicht könnte ein Zusatz von etwas derber Prosa gar nicht schaden, und es heißt gewiß, den Gott, den man in der Geschichte sucht, würdiger erkennen, wenn man ihn im Menschenwerk nachweist, wenn man zeigt, daß er auf die natürlichste und verständlichste Weise durch den frei handelnden Menschen aus dem Kleinsten das Höchste hervorbringt, als wenn man ihn auf übernatürliche Weise durch Wunder tätig werden läßt.

Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderungen — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — die Klientel, precarium und peculium.

XVI. Es ist bereits früher (S. 104) bemerkt, daß das römische Recht sich nie zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjektivität des Menschen als solchen erhoben hat. Dasselbe beschränkt die Rechtsfähigkeit auf die römischen Bürger und die Mitglieder derjenigen Staaten, mit denen Rom Verträge abgeschlossen hat. Neben dem Zugeständnis, daß die Menschen nach dem theoretischen jus naturale frei geboren werden, lehren noch die klassischen Juristen als praktisches Recht den Satz:[123] si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Der Kriegsfuß also gilt noch zu ihrer Zeit als das von vornherein gegebene völkerrechtliche

123) L. 5 § 2 de capt. (49. 15).

Verhältnis, der Friede, pax, ist erst das Resultat des pacisci. Jener Kriegsfuß ist aber völlig gleichbedeutend mit gänzlicher Rechtlosigkeit aller dem Staat, mit dem man nicht pazisziert hat, angehörigen Individuen.

Diese Auffassung, die uns noch in so später Zeit ausdrücklich bezeugt wird, ergibt sich für die älteste Zeit als eine so notwendige Konsequenz des ganzen Rechts, daß wir, auch verlassen von allen positiven Zeugnissen, sie mit völliger Sicherheit supponieren dürften.[123a]) Die Anerkennung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit des Fremden würde eine totale Scheidung des Privatrechts vom öffentlichen, eine Selbständigkeit beider voraussetzen. Wir haben aber gesehen, daß diese beiden Seiten des Rechts ursprünglich ganz und gar ineinander verwachsen sind, daß ferner die Idee des vom Staate zu leistenden Rechtsschutzes an einen mit dem Staat geschlossenen Vertrag anknüpft. Wie hätte ein Fremder den Schutz des römischen Volks oder der Magistrate fordern können, da die Bürger selbst sich denselben erst ausdrücklich zusichern lassen mußten? Wie konnte er sich auf römische Gesetze berufen, die doch nur eine Vereinbarung der römischen Bürger unter sich enthielten, wie teilzunehmen begehren an Institutionen, welche dieselben für sich eingeführt hatten?

Das römische Recht ist wie der Staat für die Römer da, oder, näher bezeichnet, es ist beschränkt auf die Gentilitätsverbindung. Gentilität und volle Rechtsfähigkeit, Nicht-Gentilität und volle Rechtlosigkeit ist ursprünglich gleichbedeutend, es gibt von vornherein keine Gradationen der Rechtsfähigkeit. Nur wer

---

123a) Sie wiederholt sich bekanntlich überall; auch in Deutschland mußte der Friede erst besonders „gewirkt" werden, und nach türkischem Recht gilt der Theorie nach noch heutigen Tages „das Land und Vermögen der Herbi, d. h. aller Ungläubigen, die den Moslemen nicht unterworfen sind und keine Djeziyeh zahlen, sowie ihre Person als muboh, d. h. gesetzlich den Moslemen zu freiem Eigentum zu erwerben verstattet," von Tornauw, Das moslemische Recht, Leipzig 1855, S. 52.

innerhalb der Gens ſteht, iſt ingenuus (von geno, gigno); wer draußen ſteht, iſt rechtlos, extrarius est, qui extra focum, sacramentum jusque sit,[124]) ſeine Ausſchließung iſt eine totale, auch die Religion baut ihm keine Brücke, denn auch ſie iſt ein Inſtitut dieſes Staates. Es iſt ein ſeltſames Spiel des Zufalls, daß egens gerade das Los des ex-gens ausdrückt, und die Römer leiteten wirklich egens von gens ab[125]) — eine Ableitung, der unſere deutſche Sprache mit mehr Recht Elend = Ausland entgegenſtellen kann. Eine unzweifelhafte Spur jener Anſchauung hat uns die Sprache in dem Wort hostis erhalten, es bedeutet urſprünglich den Gaſt oder Fremden und den Feind.[126]) In dieſer Doppelbedeutung drückt ſich treffend die Unbeſtimmtheit des Loſes der Fremden aus, daß ſie nämlich ebenſowohl die Behandlung von Gäſten als die von Feinden gewärtigen mußten.[126a])

---

124) Festus sub voc. extrarium.

125) Festus sub voc. egens velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua. Möglich wäre dieſe Ableitung, man denke z. B. an iners (von ars), de-mens uſw., und ohne das Zeitwort egeo würde man nicht in Verſuchung kommen, nach einer andern zu ſuchen.

126) Hostis iſt dasſelbe Wort mit dem Got. gasts und dem Mittelhochdeutſchen gast, und beide haben dieſelbe Doppelbedeutung. Über die Verwandtſchaft des g und h ſ. Pott a. a. O. B. 1 S. 143, und über die mutmaßliche Ableitung von Sanskr. ghas, eſſen, daſelbſt S. 279. Der urſprüngliche Sinn dieſer Wörter wäre alſo: der Bewirtete. Hostire (ſchlagen) und hostia (Schlachtopfer) haben ſich davon freilich weit entfernt. — Th. Mommſen, Röm. Forſchungen B. 1 Aufl. 2 (1864) S. 326 ff. teilt die Anſicht von G. Curtius mit, der zufolge hostis, got. gast-s, kirchenſlaw. gosti die urſprüngliche Bedeutung von Fremdling hat (von ghas, eſſen = Miteſſer der Familie) und hospes = hos-pe(t)s, hostis petens, der um Gaſtfreundſchaft bittende Fremdling wäre. Mommſen faßt das Verhältnis beider Worte etwas anders auf.

126a) Curtius a. a. O. erklärt dies Zuſammentreffen ſo, daß „die Ausprägung eines beſonderen Wortes für den Gaſtfreundſchaft begehrenden Fremdling (hospes) die Veranlaſſung gegeben habe, daß hostis mit der Zeit ganz auf die feindliche Bedeutung beſchränkt wurde". Aber immerhin konnte es dieſe ausſchließliche Bedeutung nur erhalten, wenn die Begriffe

Mit dieser ursprünglichen Rechtlosigkeit des Fremden hängt die Furchtbarkeit des Exils nach antiker Vorstellung zusammen. Das Exil der heutigen Zeit ist nicht ein Schatten von dem des Altertums, es besteht nur in einem Wechsel des Wohnorts, dem Verlust der Heimat. Eine solche Strafe raubt nicht das Glück selbst, sondern nur die lokale Form, in der man es bisher genoß; überall findet der Verwiesene Anerkennung seiner Persönlichkeit und Schutz seines Rechts. Ganz anders die ursprüngliche Gestalt des Exils im Altertum. Der Fremde ist rechtlos; wer daher ausgestoßen wird aus der Gemeinschaft seiner Genossen oder wegen Verbrechen sich flüchtet, dessen harrt, möchte ich sagen, das Los des Wildes auf dem Felde, das unstet, ruhelos umherirrt und gejagt wird, wo es sich blicken läßt. Alles was ihm teuer ist, läßt der Verbannte daheim, seinen Herd, seine Genossen, den Frieden des Rechts und die gemeinsame Verehrung der Götter, und was er mit sich nimmt, ist das Gefühl des unsäglichen Elends, die Aussicht auf ein dem Zufall, der Verfolgung, Entbehrung usw. preisgegebenes Leben, auf Knechtschaft oder eine von der Willkür und Gnade seiner Schutzherrn abhängige und durch Demütigungen aller Art erkaufte Freiheit. Wird er angegriffen und verfolgt, so stehen ihm keine Genossen zur Seite; fällt er im Kampf, so gibt es für ihn keine Freunde, die ihn rächen, ihm daheim ein Totenopfer bereiten und seinem unstet irrenden Schatten Ruhe verschaffen, die Manen schweben heimatslos in der Fremde umher.

Das ist das Exil des Altertums in seiner ursprünglichen Gestalt. Es enthält nicht wie das spätere bloß eine capitis deminutio magna, den Verlust des Bürgerrechts, sondern den bürgerlichen Tod, die Verstoßung des Menschen von dem Boden des Rechts in eine grauenvolle Einöde, in einen Zustand der Schande und Rechtlosigkeit. Darum erschien das Exil den

---

Fremdling, Gast, Feind für die Vorstellung des Volks nicht weit auseinander lagen.

Römern noch in später Zeit, als demselben die schärfsten Spitzen bereits abgebrochen waren, dennoch als eine so schwere Strafe, daß man dem wegen eines Verbrechens in Anklagezustand Versetzten bis zum Augenblick des Urteils es freistellte, durch freiwilliges Exil das Verfahren gegen sich zu beendigen.

Die im bisherigen dargestellte Rechtsanschauung, wonach das Recht ursprünglich mit dem Staat völlig zusammenfällt und mit der höchsten Exklusivität nach außen hin beginnt, mag auf den ersten Blick der Entwicklung des Rechts in der Geschichte hinderlich erscheinen; in Wirklichkeit ergibt sie sich bei näherm Nachdenken gerade umgekehrt als höchst förderlich. Ich meinerseits erblicke in ihr eins der wirksamsten Mittel, das die Geschichte für die Bildung und Erhaltung der Staaten in deren Kindesalter in Bewegung gesetzt hat. Denn jene Auffassung treibt die Individuen mit Gewalt in die Gemeinschaft des staatlichen Lebens hinein, kettet sie mit eisernen Banden an den Staat fest. Er ist ihnen ihr alles; ihn verlassen, heißt sich selbst aufgeben; sein Sturz begräbt sie mit allem, was sie sind und haben, unter seinen Trümmern. An den Austritt aus dem Staat, sowie an den Untergang desselben knüpft sich die Aussicht auf den Verlust der Persönlichkeit, den Untergang des gesamten Privatglücks, und so wird der Selbsterhaltungstrieb des Individuums in doppelter Beziehung eins der wirksamsten Mittel der Erhaltung des Staats selbst, zuerst nämlich, indem er dem Staat die ihm einmal angehörigen Mitglieder möglichst sichert, und sodann, indem er sie bei einer Gefährdung desselben von außen zur äußersten Anspannung ihrer Kräfte zwingt. In ersterer Beziehung nämlich ist es für den entstehenden Staat sehr wichtig, von dem verhältnismäßig geringen Bevölkerungskapital, mit dem er beginnt, nichts einzubüßen, während es umgekehrt für den erwachsenen Staat vorteilhaft sein kann, sich der nicht verwendbaren Überschüsse dieses Kapitals durch Kolonien, Auswanderungen usw. zu entledigen; jener bedarf eines festen Verschlusses, dieser mitunter eines Ventils. Während letzterer ein in der Schule der

Zucht und Ordnung aufgewachsenes Volk vorfindet, das mit tausend Banden unter sich und mit ihm verkettet ist, Banden, die nur das Resultat eines langjährigen Prozesses sind, soll ersterer die rauhe Schule der Zucht und Ordnung erst beginnen, ohne dem unbändigen Sinne, der dieser Zucht widerstrebt, ohne dem Reiz des Wanderlebens, der Versuchung, sich von der Gemeinschaft loszureißen, ein anderes Gegengewicht gegenüberstellen zu können als das Recht, das er gewährt und schützt. Wäre der Wert dieser Gabe für jene Zeit nicht ein unendlich höherer als heutzutage, wäre bereits jene Zeit zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjektivität des Menschen als solchen gelangt, wie hätte das Recht jenen Dienst leisten können? Wer heutzutage sich einmal entschlossen hat, den Staat, dem er bisher angehörte, zu verlassen, den hält die Rücksicht auf das Recht nicht zurück, denn wohin er geht, findet er eine Rechtsatmosphäre vor, nimmt seine Rechtsfähigkeit mit sich. Wer aber in jener Zeit, von der wir hier sprechen, aus der Staatsverbindung, in der er stand, heraustreten wollte, der ließ sein Recht zurück, trat aus der Rechtsatmosphäre, die sich für ihn nur über dieſen Staat lagerte, in den luftleeren Raum, der diesen Staat von allen Seiten umgab, aus der Oase in die Wüste. So übte also der Staat mittelst des Rechts eine Anziehungskraft aus, von der wir heutzutage keine Ahnung mehr haben. Recht und Freiheit sind heutzutage gleich der Luft und dem Wasser eine res communis omnium, an der jeder Mensch, der Einheimische wie der Fremde, partizipiert, und deren Wert wir, weil wir sie überall vorfinden, nur zu leicht übersehen, und die uns daher nicht mehr wie einst, wo man sie nur in der Heimat fand, an letztere fesseln.

Bei jedem Angriff auf einzelne wie auf Staaten richtet sich die höhere oder geringere Spannung der vorhandenen Widerstandskraft nach dem Wert oder der subjektiven Wertschätzung der bedrohten Güter. Zu diesen Gütern gehörte im Fall eines Krieges in der Zeit, von der wir hier sprechen, für den Bürger alles und jedes, was er hatte und war. Unterliegen im Kampf

war gleichbedeutend mit Verlust des Lebens oder der Freiheit, der Ehre, der Familie, des Vermögens.[127]) Ihre eigene Selbsterhaltung war durch die des Staats bedingt; es trifft auch hier der im vorigen Paragraphen ausgesprochene Satz zu: der Staat sind sie selbst. So erscheint also jenes Verhältnis der Individuen zum Staat, vermöge dessen der individuelle Selbsterhaltungstrieb ganz und gar dem Staate dienstbar wird, als das Mittel, wodurch die Geschichte dem jungen Staat das Leben sichert, ihn zwingt, stets mit der ganzen Kraft der Verzweiflung um seine Existenz zu ringen. Durch die häufigen Veranlassungen dazu bringt sie rasch die Kräfte zur vollsten Entwicklung. Dem heutigen Staat ist eine solche Spannung seiner Widerstandskraft gar nicht möglich. Unsere heutige Scheidung des Staats und der Individuen bewährt sich auch im Kriege, der Staat führt mit dem Staat Krieg, und so sehr auch die edleren Güter und Interessen der Nation bei der Erhaltung des Staats beteiligt sein mögen, der rein privatrechtlichen Existenz: Freiheit, Familie, Vermögen droht sein Sturz nicht den Untergang, der Selbsterhaltungstrieb der gemeinen Natur, der an jenen höhern Gütern keinen Anteil hat, ist dabei kaum interessiert.

An die bisher erörterte ursprüngliche Rechtlosigkeit des Nichtbürgers knüpft die fernere Entwicklung des römischen Rechts in mannigfacher Weise an. Zuerst nämlich das Sachenrecht mit seinem Recht der Beute, das wir früher (§ 10) als die Wurzel des römischen Eigentumsbegriffs bezeichnet haben. Das römische Eigentum entsteht durch die Betätigung römischer Kraft an rechtlosen Fremden. Aber wenn es einerseits sich auf den Krieg

---

127) Dies prägt sich auch in der Formel der Kriegsankündigung aus, sie lautet nicht bloß auf das Volk, sondern auch auf die einzelnen, s. Gellius XVI, 4: populo Hermundulo hominibusque Hermundulis bellum indico facioque.

ſtützt und ihn veranlaßt, ſo birgt es andererſeits in ſich auch die Keime des friedlichen Verkehrs. Austauſch der Eigentumsgegenſtände baut die Brücke zwiſchen den iſolierten oder befeindeten Völkern, — dem Soldaten, der den Krieg bringt, folgt der Kaufmann, der den Frieden ſucht. Der Handel iſt nicht bloß daheim für die Entwicklung des Privatrechts die treibende Kraft, ſondern auch für die Ausbildung des Völkerrechts. Für den Handel mit ſeiner unaufhaltſam tätigen, expanſiven Tendenz iſt die auf die Scholle beſchränkte Natur des Rechts am fühlbarſten und läſtigſten; wie er die Hemmniſſe des freien Verkehrs hinwegzuräumen ſtrebt, welche die Natur ihm entgegenſetzt, ſo auch die, welche eine beſchränkte Rechtsanſicht ihm bereitet. Er iſt es, der gegenüber der Exkluſivität der nationalen Rechtsanſicht das kosmopolitiſche Element im römiſchen Recht zur Exiſtenz und Ausbildung gebracht hat. Ein Zwiſchenhändler war der erſte Vorkämpfer der Kultur; er vermittelte mit dem Austauſch der materiellen Güter auch den der geiſtigen[128]) und bahnte die Straßen des Friedens. In demſelben Maße, in dem der Handel zunahm, wurden dieſe Straßen geebneter und ausgedehnter, ſo daß ſie zuletzt über den größten Teil der bekannten Welt reichten. Was das Chriſtentum in dieſer Beziehung der modernen Welt leiſtete, erſetzte der alten der Handel.

In welcher Weiſe verfuhr er dabei? Die beſchränkteſte Form, deren er ſich bediente, war das hospitium (Note 126), das von unſerer heutigen Gaſtfreundſchaft ebenſo weit entfernt iſt wie aus demſelben Grunde das Exil des Altertums von unſerer heutigen Verbannung.[128a]) Der Zweck des hospitium liegt nämlich

128) Ich kann mir nicht verſagen, auf eine Reminiszenz aufmerkſam zu machen, welche die lateiniſche Sprache aufbewahrt hat. Ihr Interpres, der Vermittler und Ausleger, iſt urſprünglich „Zwiſchenhändler". Das Wort ſtammt her von inter und der Wurzel von pretium, bezeichnet alſo einen, der den Preis zwiſchen trägt. Dieſer Zwiſchenhändler war der erſte Dolmetſcher und Vermittler, auf dieſe beſonders in die Augen fallende Eigenſchaft hat ſich ſpäter der Sinn des Wortes reduziert.

128a) Walter, Röm. Rechts-G. 3. Aufl. I § 82. Das obige Verhältnis

nicht sowohl in der gastlichen Aufnahme, obgleich es auch auf diese mit gerichtet ist, als in der gegenseitigen Zusicherung des Rechtsschutzes; es macht die Recht- und Schutzlosigkeit des hostis dadurch unschädlich, daß der Gastfreund ihn unter seinen rechtlichen Schutz nimmt und dessen Rechtsansprüche als die seinigen vor Gericht vertritt. Gegen Betrug und Treulosigkeit des Gastfreundes selbst gewährte das Recht keinen Schutz — denn der hostis stand ja außerhalb des Rechts — einen um so höhern aber die Sitte.[129]) Gerade diese Schutzlosigkeit desselben und das von seiner Seite bewiesene höchste Vertrauen stempelten einen Mißbrauch desselben zu einem der infamierendsten und schmählichsten Vergehen, die das Altertum kannte.

Ein betriebsamer Kaufmann mochte nun aller Orten Gastfreunde suchen, allein für einen ausgebreiteten Handelsverkehr reichte doch diese private Gastfreundschaft nicht aus, und so gingen öfter Staat und Staat dies Verhältnis miteinander ein (hospitium publice datum). Eine höhere Stufe in der Entwicklung des internationalen Verkehrs bezeichnete es, als man Staatsverträge abschloß, wodurch den Angehörigen des einen Staats gegen die des andern statt des mittelbaren, abgeleiteten Schutzes, den das hospitium gewährte, ein unmittelbarer Schutz ausgewirkt wurde.[129a]) Die Formen, in denen er erteilt wurde, waren gewiß sehr verschieden und wechselnd; die höchste unter derselben bestand in der Verleihung des römischen commercium, wodurch dem Fremden Teilnahme am römischen Vermögensrecht, also auch Provokation auf den vom Staat gewährten Rechtsschutz

---

und die Klientel ist inzwischen von Th. Mommsen in seiner Abh. über das römische Gastrecht und die römische Klientel (in von Sybels histor. Zeitschr. I S. 332, abgedruckt in den römischen Forschungen Bd. 1 Aufl. 2 S. 319 fl., wonach im folgenden zitiert werden wird), behandelt worden.

129) Gellius V, 13 § 5 In officiis apud majores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

129a) Über die verschiedenen Formen desselben s. Mommsen S. 349.

eröffnet wurde. Hiermit streift das römische Recht bereits die Höhe unserer heutigen Rechtsentwicklung, welche zwischen dem Fremden und Einheimischen gar keinen Unterschied macht, nur mit dem freilich sehr wichtigen Unterschiede, daß dies in Rom Folge eines besonders erteilten Privilegiums oder eines Staatsvertrages war, bei uns aber Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, Wirkung einer höhern Rechtsanschauung ist.

Die Erteilung des commercium war aber bei den Römern nichts weniger als die reguläre Form, durch welche der internationale Rechtsverkehr vermittelt wurde. Am Ende des fünften Jahrhunderts der Stadt finden wir in Rom einen eigenen Gerichtshof für die Rechtsstreitigkeiten der Peregrinen und Römer, den des Praetor peregrinus, und es entwickelt sich hier auf Grundlage der bisherigen Staatsverträge und unter Mitwirkung der Theorie und Praxis ein allgemeines internationales Handelsrecht, das jus gentium, das wir erst im dritten System, wo seine Rückwirkungen auf das römische Recht kenntlich hervortreten, ins Auge fassen werden. Der Einführung jener Magistratur gingen andere Formen vorher, von denen uns nur hinsichtlich einiger, wie z. B. der von den Fetialen vorzunehmenden clarigatio und des bald ständigen, bald im einzelnen Fall eingesetzten und mit ihm aufhörenden Rekuperatorengerichts dürftige Kunde erhalten ist.[130]) So interessant es wäre, die allgemeine Ausbildung des internationalen Rechtsverkehrs im einzelnen verfolgen zu können, so dürfen und müssen wir uns hier doch mit dem allgemeinen Gesichtspunkt begnügen, daß jener Rechtsverkehr nur das Werk spezieller, zwischen den einzelnen Staaten abgeschlossener Verträge war und der Ausdehnung wie der Art und dem Maß nach durch sie bestimmt war. Das internationale Recht löste sich also auf in Rechte, die zwei Völker sich für ihren Verkehr gegenseitig eingeräumt hatten, erschien als ein Inbegriff von Vertragsnormen,

130) Ich verweise wegen dieser Institute auf Puchta, Kursus der Instit. Bd. I § 83. Rudorff, G. R.-G. II S. 80.

die gegenüber diesem Volk diesen, gegenüber jenem einen andern Inhalt hatten. Der Vertrag, dessen schöpferische Kraft uns schon im Innern des Staats bei so manchem Institute begegnet ist, zeigt sich auch hier wiederum in gleicher Weise wirksam. Wie er im Innern den Übergang von der öffentlichen und Privatselbsthilfe zur Kriminal- und Zivilgerichtsbarkeit vermittelt, so hier den von dem primitiven Kriegsfuß zur rechtlichen Organisierung des internationalen Verkehrs. Vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsansicht aus, der nichts natürlicher erscheint, als daß auch der Fremde den Rechtsschutz unseres Staates in Anspruch nehmen könne, betrachten wir die praktische Verwirklichung dieser Ansicht, die Tatsache, daß das über den zivilisierten Teil der Welt sich ausspannende Reich des Rechts dem Menschen als solchem, sei er Staatsbürger oder Fremder, die freieste Bewegung möglich macht, als etwas Notwendiges, sich von selbst Verstehendes, ohne uns bewußt zu sein, wie allmählich und mühsam das Recht, nachdem es einmal genugsam erstarkt war, um sich von seiner engumgrenzten Heimat, dem einzelnen Staat, loszureißen, sich jeden Zoll Landes hat erkämpfen müssen. Was uns heutzutage in der Natur des Rechts selbst zu liegen scheint, ist zum großen Teil nichts weniger als eine dem Menschengeschlecht von vornherein mitgegebene Anschauung und verdankt seine praktische Realität nicht der Macht der rechtlichen Überzeugung, der Idee der Gerechtigkeit, sondern es ist das Werk einer durch materielle Gründe, durch die Not des Lebens und den Drang der Umstände in Bewegung gesetzten und erhaltenen und durch Motive der Zweckmäßigkeit geleiteten menschlichen Tätigkeit. Erst wenn diese Faktoren die schwerste Arbeit verrichtet haben, zieht die Idee der Gerechtigkeit ein und nimmt das Werk als ein ihr gebührendes Eigentum in Besitz und unter ihren Schutz.

Die Exkluſivität des Staats und des Rechts, die wir bisher in ihrer Richtung nach außen hin verfolgten, muß ſich auch im Innern an denen bewährt haben, die, ohne Aufnahme in die Gentilverbindung zu erreichen, ſich auf dem Staatsgebiet niederzulaſſen wünſchten.[130a]) Ihre rechtliche Lage war von vornherein der des hostis völlig gleich, und wie letzterer urſprünglich nur mittelbar durch das hospitium rechtlichen Schutz gewinnen konnte, ſo auch ſie nur dadurch, daß ſie ſich als Klienten unter das Patronat eines römiſchen Bürgers ſtellten (applicatio).[130b]) Aber während das Verhältnis des Gaſtfreundes zum Gaſtfreunde ein koordiniertes war, war es beim Klienten ein ſubordiniertes. Beim hospitium lag die Gegenleiſtung in der Erwiderung des Schutzes und der gaſtlichen Aufnahme, beim Klienten trat Dienſtpflicht an die Stelle derſelben. Die Abhängigkeit, welche das Verhältnis begründet, prägt ſich deutlich in den beiden Ausdrücken patronus und cliens (Höriger)[131]) aus. Der erſte Ausdruck ſtellt das Verhältnis als eine Nachbildung der väterlichen Gewalt dar, und mit dieſer Bezeichnung hat die Sprache das Weſen desſelben treffend ausgedrückt. Wie der Sohn hat auch der Klient keine

---

130a) Ebenſo an den freigelaſſenen Sklaven. Mommſen a. a. O. S. 358, 359.

130b) Mommſen a. a. O. S. 361. Derartige Schutzverhältniſſe, wenn auch nicht durch die rechtliche, ſondern die faktiſche Schutzloſigkeit gewiſſer Klaſſen der Geſellſchaft hervorgerufen, wiederholen ſich überall, wo die Staatsgewalt ſelber nicht imſtande iſt, den Machtloſen gegen den Mächtigen wirkſam zu ſchützen, und ſie dokumentieren daher immer eine mangelhafte Organiſation der Rechtspflege. Der Schutzbedürftige opfert ſeine Freiheit (Leibeigenſchaft; freiwillige Sklaverei in Südafrika) oder ſeine vermögensrechtliche Unabhängigkeit (Übertragung des Obereigentums an den Schutzherrn, z. B. die Moſchee in der Türkei [vakuf]; an den Lehnsherrn, wie in Deutſchland, England, Gneist, Engl. Privatrecht I S. 286, 293), um dafür die Sicherheit deſſen, was er behält, zu gewinnen.

131) Von cluere, κλύειν, hören. Im Deutſchen haben wir das Hören in demſelben Sinn, z. B. Gehorſam, gehorchen, angehörig, Höriger.

Rechte gegen den, der Vaterstelle an ihm vertritt; rechtlich sind beide gänzlich seiner Gewalt unterworfen. Nur die Sitte und die Religion schützen beide gegen den Mißbrauch dieser Gewalt. Ein angebliches Gesetz von Romulus erklärte den Patron für vogelfrei, der seinen Klienten betrogen, [131a]) und auf der Stufenleiter der Pflichten, die uns Gellius aufbewahrt hat, nahm die gegen den Klienten eine ausgezeichnete Stelle ein. [132])

War jener Vergleich des Patronats mit der patria potestas nicht bloß von der persönlichen Seite des Verhältnisses hergenommen, sondern auch für die vermögensrechtliche Stellung der Klienten zutreffend, so würde letztere sich nach den Grundsätzen über das Pekulium des Haussohns bestimmen lassen. Faktisch zwar können beide ein eigenes Vermögen haben, allein juristisch gilt ihr Gewalthaber als Subjekt desselben und vertritt sie sowohl aktiv als passiv gegenüber dritten Personen. Diese aktive Vertretung, die Klagerhebung für den Klienten, ist der Zweck des Verhältnisses; [133]) juristisch erscheint sie aber nicht als Stellvertretung, sondern als Geltendmachung eines dem Patron selber zustehenden Rechts. Bei der passiven Vertretung, die eine notwendige Folge des Verhältnisses war, haftete der Patron vielleicht nach Analogie der Pekulien- und der Noxalklage, d. h. je nach Umständen bis zum Betrage des Vermögens seines Klienten oder auf Auslieferung (noxae deditio) seiner Person. [133a]) Während

---

131a) Dionys. II 10. Servius ad Virg. VI, 609: patronus si clienti fraudem fecerit, sacer est. Das „fraudem facere", welches im Text wörtlich mit „betrügen" übersetzt ist, hatte sicherlich die ganz allgemeine Bedeutung „seiner Verpflichtung nicht nachkommen". Auch nach griechischem Recht war es mit einem Fluche belegt (ἔπάρατον), das vertragsmäßige oder herkömmliche Maß der Verpflichtungen des Heloten zu steigern. Schwegler, Röm. Gesch. I. S. 641.

132) Gellius V. c. 13 ... patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere .... neque clientes sine summa infamia deseri possunt.

133) Daher patronus noch in späterer Zeit = Fürsprecher.

133a) Diese Verpflichtung zur deditio bestand auch im internationalen

aber, um diese aktive und passive Vertretung möglich zu machen, der Patron juristisch als Inhaber jenes Vermögens angesehen wird, also auch die unbeschränkteste Dispositionsbefugnis über dasselbe hat, so daß er z. B. es dem Klienten völlig entziehen kann, legt die Sitte dem Patron mancherlei Beschränkungen auf und verpflichtet ihn, dem Klienten das Maß faktischer Selbständigkeit, das, sei es hergebracht, sei es durch Vereinbarung mit ihm festgestellt ist, unbekümmert zu gewähren, das Vermögen des Klienten faktisch nicht als das seinige zu betrachten. Es gab zwar Notfälle, in denen er ohne Anstand dem Klienten eine Kontribution auferlegen konnte,[134] ebenso war es in der Ordnung, daß der Klient für den ihm gewährten Schutz Dienste leistete; allein diese Leistungen fanden an der Sitte ihr Maß, und die Vereinbarungen beider Parteien, die rechtlich völlig wirkungslos waren, an ihr ihren Schutz. Mit dem Tode des Klienten ging das Verhältnis auf dessen Kinder über;[134a] inwieweit das Vermögen ihnen ganz oder teilweise gelassen werden mußte, entschied sich nach den darüber von vornherein getroffenen Vereinbarungen.[135]

Verkehr, das Volk mußte den Schuldigen entweder ausliefern, oder es machte dessen Sache zu der seinigen, s. namentlich die Formel bei Livius I, 32 illos homines illasque res dedier. Liv. V, 36 . . postulatum ut pro jure gentium violato Fabii dederentur.

134) So z. B. wenn er eine Tochter auszusteuern, sich selbst oder Familienmitglieder aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen, ungewöhnliche Abgaben, Sühnen, Brüche usw. zu entrichten hatte.

134a) Mommsen a. a. O. S. 362.

135) Mommsen a. a. O. S. 380 nimmt an, daß man die Begriffe der Suität, Agnation und Gentilität schon von vornherein von den Patriziern auf die Klienten übertragen habe. Daß darin bereits eine große Abweichung von der ursprünglichen Konsequenz des Verhältnisses gelegen haben würde, wird er selbst am wenigsten verkennen, und den Begriff der hereditas, des suus heres usw. im juristischen Sinn wird er ebensowenig hierbei statuieren wollen. Der Vertrag zwischen Klient und Patron, welcher die Basis des ganzen Verhältnisses bildete, wird auch diesen Punkt geregelt

Es ist begreiflich, daß dies Verhältnis von seiten des Patrons, der um eine geringe Leistung wichtige Vorteile eintauschte, bereitwillig sowohl mit dem Klienten selbst als mit dessen Nachkommenschaft fortgesetzt wurde, und daß sein eigenes Interesse ihn veranlaßte, seine Klienten gut zu behandeln und möglichst günstig zu stellen, sowohl um ihnen keinen Grund zu geben, das Verhältnis aufzuheben — was ihnen schwerlich verweigert werden konnte — als um neue zu gewinnen. Für den, der Land genug und Arbeitskräfte zu wenig besaß, mochte es ein vorteilhaftes Geschäft sein, durch unentgeltliche Überlassung kleiner Parzellen Landes Klienten an sich zu ziehen und seine Arbeitskräfte damit zu vermehren. Diese Verleihung von Land, die an sich dem Wesen des Instituts fremd ist,[136] war ein sehr wirksames Mittel, den Klienten an der Aufrechterhaltung des Verhältnisses zu interessieren, und mochte als solches in allgemeinen Gebrauch kommen[137] und die uns von Dionysius bezeugte Folge bewirken, daß das Verhältnis von beiden Seiten von einer Generation auf die andere überging. Zur Erklärung dieser Erscheinung braucht man nicht mit Niebuhr in Widerspruch mit Dionysius zu der Annahme zu greifen, daß jenes Verhältnis von seiten der Klienten unauflösbar gewesen; das beiderseitige Interesse, die Macht der

---

haben, ohne daß man nötig hatte, zu dem Zwecke Begriffe zu übertragen, welche die Rechtsfähigkeit eines römischen pater-familias voraussetzten.

136) Im Gegensatz zum Vasallentum des Mittelalters, an das Niebuhr bei Gelegenheit der Klientel erinnert (röm. Gesch. B. 1 S. 342), und das sein rechtliches Fundament nicht in der Schutzlosigkeit des Vasallen, sondern in dem ihm verliehenen Lehn hatte.

137) Darauf zielt wohl die oft benutzte Stelle von Festus: Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis. Die letzten Worte drücken das Verhältnis treffender aus, als es auf den ersten Blick scheint. Bei Sueton Tib. c. 1 erhält das Claudische Geschlecht bei seiner Aufnahme in den römischen Staatsverband „agrum clientibus locumque sibi ad sepulturam"; Land für die Klienten scheint also als etwas ebenso Unentbehrliches angesehen worden zu sein wie das Erbbegräbnis.

Gewohnheit, die untergeordnete Stellung des Klienten usw. konnten auch ohne diese Voraussetzung dasselbe Resultat herbeiführen.[137a])

Auffallend ist das Schweigen der lateinischen Sprache über die vermögensrechtliche Seite jenes Verhältnisses; es wird uns kein Ausdruck für jene Landverleihung an den Klienten berichtet, kein Ausdruck für das Klientenvermögen, ungeachtet dasselbe doch von den „bonis" eines römischen pater familias, dem „patrimonium" der „familia" (dem Hausstand desselben, Personen und Sachen gleichmäßig umfassend) sich rechtlich so sehr unterschied. Auffallend nenne ich dies Schweigen, weil wichtige Unterschiede, die im Leben selbst in auffälliger Weise hervortreten, auch in der Sprache sich abzuspiegeln pflegen. Die lateinische Sprache muß Ausdrücke für jene Verhältnisse gehabt haben; sind dieselben mit letzteren selbst untergegangen, oder sollten sie vielleicht mit veränderter Bedeutung in der neuern lateinischen Sprache noch fortexistieren? Ich nehme letzteres an und erblicke im praecarium[138]) und peculium zwei Ausdrücke und Institute, die ursprünglich dem Klientelarverhältnis angehörten. Beide stehen außer dem Boden des eigentlichen Rechts, sind Institute, von denen die spätern römischen Juristen sagen: magis facti sunt, quam juris, die Klientel selbst aber konnte nur Institute

---

137a) Derartige widerrufliche Landleihen, sei es daß sie mit persönlicher Abhängigkeit des Empfängers verbunden sind oder nicht, wiederholen sich bekanntlich überall, so z. B. in Griechenland (K. F. Hermann, Lehrbuch der griechischen Staatsaltertümer I § 19), in Deutschland, in England (Pacht auf Widerruf, Gundermann a. a. O. S. 272). Fast überall kehrt dabei die Erscheinung wieder, daß die ursprüngliche völlig freie Widerruflichkeit zunächst faktisch und sodann gewohnheitsrechtlich auf gewisse Widerrufsgründe eingeschränkt wird.

138) Savigny, Recht des Besitzes § 42 hat bereits eine ähnliche Ansicht von precarium aufgestellt. Ich meinerseits wurde durch den Zusammenhang auf sie geführt, ohne mir jenes Zusammentreffens mit Savigny bewußt zu sein. Mommsen a. a. O. und römische Geschichte Band 1 Buch 1 Kap. 13 (Aufl. 4 S. 194) hat sich für dieselbe Ansicht ausgesprochen.

von dieſem Charakter kennen.[138a]) Es läßt ſich das klientelariſche Vermögensrecht, wie es ſeiner juriſtiſchen Natur und innern Konſequenz nach ſein mußte, nicht bloß ohne Zwang unter die Grundſätze jener beiden Inſtitute bringen, ſondern ich glaube, daß dieſe Anknüpfung auf letztere ſelbſt einiges Licht wirft.

Ich denke mir die Sache in folgender Weiſe. Precarium hieß alles, was der Patron dem Klienten auf deſſen Bitten (preces, daher precarium) zum Gebrauch einräumte; am häufigſten war dies wohl ein Grundſtück, doch mochte auch Wohnung (ein Anknüpfungspunkt für die habitatio des ſpätern Rechts) nicht ſelten verliehen werden. Der beliebige Widerruf desſelben verſtand ſich nach dem Verhältnis, in dem beide Perſonen zueinander ſtanden, von ſelbſt, er brauchte weder ausgemacht zu werden, noch war ein Verzicht darauf irgendwie juriſtiſch wirkſam.[138b]) Eine zivilrechtliche Obligation war auf beiden Seiten undenkbar; es konnte weder der Patron ſich obligieren, dem Klienten die Sache eine beſtimmte Zeit zu laſſen, noch letzterer, ſie demnächſt zurückzugeben. Begehrte der Patron ſie zurück, ſo nahm er ſie. Dritten Perſonen gegenüber mochte der Klient ſich zur Wehr ſetzen, dem Patron gegenüber war dies ſelbſt dann unzuläſſig, wenn letzterer vor Ablauf der dem Klienten zugeſicherten Nutzungszeit die Sache herausbegehrte. Als das precarium ſich von ſeiner urſprünglichen Beziehung zum Klientelarverhältnis ablöſte und auch zwiſchen römiſchen Bürgern vorkam, behielt es doch dieſe ſeine Struktur bei und nahm keinen obligatoriſchen Zuſatz in ſich auf, ſo daß weder der Verleiher an ſein Verſprechen, die Sache dem Empfänger eine beſtimmte Zeit zu laſſen, gebunden war, noch letzterer in Form einer Obligation zur

138a) Ein Vertrag und die daran ſich knüpfende moraliſche Verpflichtung iſt auch bei ihnen nicht ausgeſchloſſen, ſ. z. B. l. 12 de prec. (43. 26) . . si convenit, aber juriſtiſch: „nulla vis est hujus conventionis.“

138b) S. die vorige Note.

Zurückgabe gezwungen werden konnte. Ein precarium zwischen Römern eingegangen, hieß nichts anderes als Stellung des Verhältnisses unter das Recht der patronatischen Leihe, ich darf mich vielleicht des Vergleichs mit dem deutschen „Hofrecht" bedienen. Den Vereinbarungen der Parteien über Art und Zeit der Rückgabe obligatorische Wirkung beilegen, hätte nichts anderes geheißen, als ein precarium zu gleicher Zeit eingehen und nicht eingehen. Precarium und rechtliche Möglichkeit eines obligatorischen Verhältnisses zwischen beiden Teilen waren von vornherein absolute Widersprüche, und es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um den Charakter des precarium so zu verwischen, daß man keinen Anstand mehr zu nehmen brauchte, die Theorie der Innominatkontrakte darauf anzuwenden.

Das Vermögen, das der Klient sich selbst erworben hatte, sein Inventar und Vieh hieß peculium und stand unter denselben Grundsätzen, nach denen im neuern Recht das peculium des Hausſohns und Sklaven beurteilt wird; d. h. faktisch gehörte es zwar dem Klienten, juristisch aber galt der Patron als Eigentümer desselben. Der Name weist auf die Beziehung dieses Vermögens zur Landwirtschaft hin; wörtlich übersetzt bedeutet er „kleines Vieh", d. h. einen von der Hauptherde gesonderten Viehstand.[138c]) Dieser Wink, den die Etymologie uns über den ursprünglichen Inhalt des peculium gibt, ist für unsere Frage nicht außer acht zu lassen; er weist uns nämlich auf einen von dem

---

138c) Ausdrücklich bezeugt von Varro de re rustica I c. 2 non domino pecus, sed servis peculium, quibus domini dant ut pascant I, 17 concessioneve ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat. Andere Stellen bei Göttling, Geschichte der röm. Staatsverf. S. 103, Note 5, welcher in dem Pekulium das junge (?) Vieh erblickt, welches herdenweidende Sklaven auf eigene Hand (— s. dagegen l. 4 pr. de pecul. 15, 1 animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus ... fecerit) der Herde ihres Herrn einverleibten." Daß das Freivieh die älteste Art des Pekulium gewesen, sagt ausdrücklich Varro de L. L. V. § 95 (ed Otfr. Müller) id enim peculium primum.

des Hauptgutes getrennten landwirtschaftlichen Betrieb hin, und ich brauche nicht zu sagen, wieviel natürlicher es ist, uns den Klienten als Subjekt desselben zu denken als den Hanssohn oder den Sklaven. Bei jenem enthält dieses Neben- oder kleine Vieh einen charakteristischen Hinweis auf das Verhältnis, in dem er etwa nach Art der Unfreien des Mittelalters auf den Herrenhöfen mit seiner Landwirtschaft zu der des Patrons stand. Bei dem Sohn erscheint die darin ausgedrückte separierte Landwirtschaft ungleich weniger wahrscheinlich, beim Sklaven unbegreiflich. Am Vermögen des Klienten bildete sich der Begriff des peculium aus, hier war das Bedürfnis der Sonderung eines kleineren Vermögens von dem Hauptvermögen des Herrn am dringendsten, oder die Sonderung war hier schon durch das Verhältnis selbst gegeben; dem Sohn oder Sklaven ein Sondervermögen einzuräumen war nichts weniger als notwendig; wenn es aber geschah, lag es nahe, den bereits bekannten Ausdruck peculium darauf zu übertragen. Vielleicht dürfte man sagen, daß ähnlich wie das precarium so auch das peculium aus einem ursprünglich klientelarischen Institut ein allgemein römisches geworden sei. Ist diese Vermutung richtig, so konnte Festus in der [Note 137] mitgeteilten Stelle mit Recht die vermögensrechtliche Stellung der Klienten und Kinder identifizieren; die Worte perinde ac liberis propriis enthalten dann nicht bloß einen äußerlichen Vergleich beider Klassen von Personen, sondern den ihrer rechtlichen Lage, und ebenso drückt unter dieser Voraussetzung der im Wort patronus liegende Vergleich mit pater die juristische Natur des Verhältnisses erschöpfend aus.

Hier, wo uns diese Klientel nur von einer bestimmten Seite interessiert, nämlich als ein durch die Rechtlosigkeit des Nichtbürgers hervorgerufenes Institut, genügt uns das bisher Gesagte. Wir haben in ihr den notwendigen Ausgangspunkt des Rechts der dem Staat angehörigen Nichtbürger erkannt, und es kann in meinen Augen nicht zweifelhaft sein, daß alle Nichtbürger, also

ursprünglich auch die Freigelassenen [139]) in diesem Verhältnis standen. Der Strenge des Rechtsbegriffs nach war dasselbe gar kein rechtliches; aber wenn ihm auch die Form des Rechts, d. h. die Klage abging, so barg es doch eine rechtliche Substanz in sich. Die festen Grundsätze, die sich durch die Sitte für das Verhältnis zwischen Patron und Klienten ausgebildet hatten, der indirekte Schutz, den das Kriminalrecht mit seiner Bestrafung der fraus patroni gewährte, machten die Lage des Klienten zu einer ziemlich gesicherten und den Mangel einer Klage gegen den Patron selber weniger fühlbar. Ideen von einem Recht niederer Art setzten sich dem Institut an, es kondensierte und konsolidierte sich in der Ansicht des Volks zu einem Rechtsverhältnis, das nur in der Art seines Schutzes von den übrigen abwich, [140]) und so mochte ein Schritt vorbereitet werden und als ein wenig bedeutungsvoller erscheinen, der im Grunde die Vernichtung des Instituts selber enthält, nämlich der, daß dem Klienten das Recht der eigenen Klage verliehen ward. Von der alten Unfähigkeit des Klienten, Klage zu erheben, blieb als Reminiszenz noch die, daß er ohne spezielle Erlaubnis des Prätors seinen Patron nicht in jus vozieren, d. h. ihn wider seinen Willen nicht verklagen durfte. Jenen Schritt aber erzwungen zu haben, ist eine der ersten Taten der Plebs, die ursprünglich ganz in dem soeben beschriebenen Verhältnis stand [140a]) und erst durch diese Emanzipation sich zu den Klienten der spätern Zeit in Gegensatz stellte. Mit den Plebejern aber sind wir über die Ausgangspunkte des Rechts bereits weit hinaus, in ihnen ist jene Trennung des Privatrechts vom

---

139) So auch Mommsen, Röm. Forsch. I. S. 358 ff.

140) Hinsichtlich der persönlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Kinder gebraucht derselbe Prozeß der Entwicklung vom Faktum zum Recht oder von der nur durch die Sitte gebundenen Willkür des Vaters zur Anerkennung der privatrechtlichen Selbständigkeit des Kindes unendlich viel längere Zeit; es braucht wohl nicht gesagt zu werden, worin der Grund der Verschiedenheit gelegen war.

140a) Mommsen, Röm. Forsch. S. 388.

öffentlichen, die gerade dem ursprünglichen Charakter des Rechts so sehr widerstrebt, bereits im wesentlichen vollzogen. In ihnen begegnet uns im Innern des römischen Staats jenes commercium zwischen Bürgern und Nichtbürgern, das wir oben S. 233 in seiner internationalen Beziehung haben kennen lernen, und es ist nicht unmöglich, daß das commercium erst im internationalen Verkehr hat ins Leben gerufen werden müssen, um sodann auch im Innern des Staats auf das Verhältnis zwischen Bürgern und Nichtbürgern Anwendung zu finden. Das Völkerrecht ist vielleicht die Stätte, wo sich jene Trennung des Privatrechts vom Staat vollzog, die kommerzielle Berührung mit einem fremden Volk der Impuls zu diesem Fortschritt, der dann, nachdem er einmal nach außen hin vollzogen, dem Staat selbst im Innern auf die natürlichste Weise dadurch zugute kommen, ich möchte sagen, aufgezwungen werden konnte, daß Mitglieder des fremden Volks sich dauernd auf sein Gebiet übersiedelten und so das commercium von außen in ihn hineinbrachten, welches er, der für seine ihm angehörigen Nichtbürger nur die niedere Form des Klientelarverhältnisses kannte, von dieser niedersten Stufe aus weit langsamer würde erreicht haben.

2. Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht.

Vorteilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfassung — Die Staatsverfassung eine Wehrverfassung — Die militärische Einteilung des Volks — Prinzip der Subordination — Das imperium — Militärischer Charakter des Königtums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfassung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit.

XVII. Daß der Krieg auf die Entwicklung des Rechts und Staats den heilsamsten Einfluß ausüben kann, ist weniger paradox, als es klingt. Ein Krieg zur rechten Zeit kann diese Entwicklung in wenig Jahren mehr fördern als Jahrhunderte friedlicher Existenz. Einem Gewitter gleich reinigt er die Luft, macht der politischen und moralischen Stagnation ein rasches Ende,

wirft das morſche Gebäude einer ſchwerfälligen Staatsverfaſſung und drückender ſozialer Inſtitutionen mit einem Stoße zu Boden und gibt den Anſtoß zu einem heilſamen politiſchen und ſozialen Verjüngungsprozeß. Was dem altersſchwachen Staat das Leben koſten kann, dient bei einem jugendkräftigen dazu, ihn zur Anſpannung ſeiner Kräfte zu zwingen und ein neues, friſches Leben in ihm anzuregen.

Bei den Römern war der Krieg bekanntlich nicht ein Ausnahmezuſtand, ſondern die Regel; er war die Schule, in der ſie groß geworden ſind, und deren eigentümlicher, ſtählender Einfluß ſich auch in ihrem Recht vielfältig erkennen läßt. Schon an der älteſten Verfaſſung, die Rom mitbringt, iſt derſelbe nachweisbar; ſie iſt, möchte ich ſagen, eine Rüſtung, die zwar dem Kriege ihren Urſprung verdankt und für ihn beſtimmt iſt, die Rom aber, um ſtets gerüſtet zu ſein, auch im Frieden nicht ablegt, dank der kriegeriſchen Geſinnungs- und Lebensweiſe der Römer, die ſie dauernd in dieſer kampfbereiten Lage erhielt; denn eben darin, daß dieſe Lage keine vorübergehende, ſondern eine immerwährende Schule der militäriſchen Zucht war, lag ein unſchätzbarer Vorteil. Die Unbändigkeit des römiſchen Sinnes, die der ruhigen, friedlichen Exiſtenz widerſtrebte und ſtets der Kriege bedurfte, fand in der durch dieſe Kriege bedingten militäriſchen Disziplin ihr Gegengewicht; ſie band ſich, kann man ſagen, ſelber die Rute, durch die ſie gebändigt ward. Das älteſte Rom war ein ſtehendes Lager; die Ordnung und ſtrenge Zucht des Lagers regierten hier, die Staatsverfaſſung ging auf in der Wahrverfaſſung. Bei anderen Völkern ward das Lager abgebrochen, wenn der Krieg beendet war; die Kriegsverfaſſung mit ihrer Disziplin war nur für den vorübergehenden Zuſtand der Spannung beſtimmt; mit dem Frieden fiel ſie in die behaglichere Form einer Friedensverfaſſung zurück.[141])

141) So ließen manche germaniſche Volksſtämme die vorteilhaften Einrichtungen, zu denen ſie bei Ausbruch eines Krieges griffen, und die bei

Den Kern der folgenden Ausführung können wir in den Satz zusammenfassen: das militärische Interesse ist das Motiv, welches den Staat um einen Gedanken bereichert, den wir bis jetzt in ihm noch nicht entdeckt haben, den der Über- und Unterordnung. Die Ordnung des Heeres, die Wehrverfassung verbindet sich mit der Ordnung der Familie, dem Geschlechterstaat zu einer militärisch-politischen Einheit, der altrömischen Verfassung. Nicht in Rom ist diese Bildung vor sich gegangen, das Königtum und die sonstigen militärisch-politischen Institutionen erscheinen hier bereits als fertige, auf den neuen Staat nur übertragene; aber dies soll uns nicht abhalten, auch rücksichtlich ihrer, wie wir es bisher stets getan haben, den Ideen und Anschauungen nachzuforschen, denen sie ihren Ursprung verdanken.

Betrachten wir zuerst die Einteilung des Volks. Es ergibt sich auf den ersten Blick, daß dieselbe etwas Gemachtes ist. Die 10 Kurien der Tribus, die 10 Gentes der Kurien sind nicht das Resultat einer natürlichen Entwicklung, sondern sie sind mit Absicht und eines Zweckes wegen eingerichtet. Worin bestand dieser Zweck? Fragen wir uns, wo das Bedürfnis einer Einteilung des Volks zuerst und am dringendsten sich zeigt, so ist die Antwort: im Heerwesen. Die erste vom Staat eingeführte mechanische Ordnung ist die Schlachtordnung, hier bedarf es vor

---

nicht bloß vorübergehender Dauer den Keim einer heilsamen politischen Entwicklung hätten abgeben können, fallen, sobald der Krieg beendet war. Caesar de b. g. IV, 23: Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem, deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed usw. Aus Waitz' deutscher Verfassungsgeschichte B. 1, S. 101 entnehme ich eine andere Stelle: Beda hist. eccl. V, 10: Non enim habent regem iidem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos suae genti praepositos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello rursum aequalis potentiae fiunt satrapae. Die Einheit und die Disziplin dauerte nur so lange als die Not.

allem einer nach einem durchgehenden Zahlenverhältnis geregelten Einteilung des Volks.[142]) Man lasse sich dadurch nicht täuschen, daß diese Einteilung zugleich politische und religiöse Beziehungen hat, es besteht eben das Charakteristische der ganzen Verfassung darin, daß die Wehrverfassung die Grundformen des Staats bestimmt, die religiösen und politischen Interessen aber sich der dadurch gegebenen Ordnung anschmiegen. Man könnte das Verhältnis vielleicht am besten in der Weise ausdrücken, daß man sagt: das Volk ist Heer,[143]) das ganze Heer hat seinen Gottesdienst und seine politischen Funktionen, ebenso aber auch jede Heeresabteilung. Die Kurie ist nicht eine politische Genossenschaft, die zugleich religiöse und militärische Bedeutung hat, noch weniger eine religiöse Einheit, die auch politische und militärische Funktionen ausübt, sondern sie ist eine dauernde Heeresabteilung oder, weil das Volk und Heer gleichbedeutend sind, eine Abteilung des Volks. Auch die Gens ist eine Heeresabteilung, aber keine gemachte; gemacht ist bloß die Zahl der Gentes. Insofern die Aufrechthaltung dieser Zahl aber nicht dem Zufall der natürlichen Fortpflanzung überlassen werden konnte, für eine, sei es durch Aussterben oder auf sonstige Weise ausgefallene Gens, vielmehr eine neue gebildet werden mußte, greift auch, wenn ich so sagen darf, die Kunst in diesen sonst der Natur anheimfallenden Kreis der Gens ein.

Die Schlachtordnung also ist der erste Fall der Ordnung, aber damit letztere im Kriege ihre Dienste leiste, muß sie auch im Frieden aufrecht erhalten werden. Das Volk, das nach Beendigung des Krieges heimkehrt, behält seine Heereseinteilung bei, ja es bleibt Heer, der Frieden zeigt uns im Volk nur das Heer in Ruhe, wie der Krieg im Heere das Volk in Tätig-

142) Gewöhnlich, wie in Rom und bei manchen germanischen Völkern das Dezimalsystem, bei einigen der letztern auch das Duodezimalsystem. S. Waitz a. a. O., Beil. 2, S. 275 u. fl.

143) Bei den Germanen fand ursprünglich dieselbe Identität des Volks und Heeres statt. S. Waitz a. a. O. S. 32.

keit.[145]) Volksversammlungen sind also Heeresversammlungen, nur der Oberbefehlshaber kann sie berufen,[146]) und die einzelnen Abteilungen versammeln sich unter ihren militärischen Vorgesetzten. Wer das dienstfähige Alter noch nicht erreicht oder bereits überschritten hat, kann mithin an der Volksversammlung keinen Anteil nehmen. Die Alten, die senes, bilden den Senatus, der keinen Beschluß zu fassen, sondern nur Rat zu erteilen hat; ihr Alter setzt sie dazu und nur dazu instand, und jene Einrichtung des Senats ist nichts als die verfassungsmäßige Gestaltung des Einflusses, den Alter und Erfahrung immer ausüben. Aber mit der den Alten fehlenden Kraft, gefaßte Beschlüsse auszuführen, fehlt ihnen auch die Fähigkeit, an der Beschlußnahme des Volks teilzunehmen. In den Volksversammlungen erscheinen also nur die Jungen, die Krieger, nur sie haben einen Willen, denn als Wille gilt nur der tatkräftige, der das Gewollte auszuführen vermag.[146a]) Das Volk, populus, ist daher gleichbedeutend mit der Masse der Jungen, was die Etymologie zu bestätigen scheint,[147]) und ebenso jung mit

---

145) Exercitus von exercere, d. i. ex-arcere, abwehren, vgl. arx, Burg, eigentlich: die Wehr. So knüpft der Begriff des Übens ursprünglich an die kriegerische Tätigkeit an; Übung ist kriegerische Übung, das Volk in Übung exercitus.

146) calare, daher classis = Volk, classis procincta = Heer. S. die Zeugnisse bei Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 134.

146a) Festus sub sexagenarios ... Quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, juniores conclamaverunt ut de ponte dejicerentur sexagenarii, qui jam nullo munere publico fungerentur, ut ipsi potius sibi quam illi deligerent imperatorem.

147) Ich nehme die Ableitung an, die Kuhn, Zur ältesten Geschichte der indogerm. Völker S. 4, angibt, nämlich von pulus, jung. Seiner Mitteilung nach soll in den Veden noch die Form puli in Zusammensetzungen vorkommen. Auch puer, pubes usw. gehört hierher. In populus ist die erste Silbe nach Kuhn durch Reduplikation entstanden. Anders, nämlich von Wurzel ple — πλα, leitet G. Curtius, Grundzüge der Etymol. Leipz. 1858. Bd. 1, S. 241, populus ab. Auch Pott, der sonst in etymolo-

waffenfähig. Pubes, mündig, wird jemand und damit Mitglied des populus, ſobald er dienſtfähig iſt; wer die Waffen führen kann, bedarf keines tutor mehr und darf mitſtimmen in der Volksverſammlung.

Es iſt bereits früher (S. 115) der Verſuch gemacht, in den Ausdrücken, curiae, decuriae, welche die Abteilungen des Volks bezeichnen, etymologiſch eine militäriſche Beziehung nachzuweiſen. Vir iſt der Krieger (daſelbſt), conviria oder curia alſo eine Gemeinſchaft derſelben, die „Mannſchaft", decemviria, decuria eine kleinere Abteilung von 10 Mann.[148]) Der letzte Ausdruck bezeichnet die Gens nach ihrer Stellung in der Wehrverfaſſung, der Ausdruck gens charakteriſiert ſie als einen Verein der durch Geburt Verbundenen. Die urſprüngliche Wehrverfaſſung enthält 10 Kurien, jede Kurie 10 Dekurien, alſo im ganzen 100 Dekurien; durch die Vereinigung von drei in dieſer Weiſe organiſierten Völkern verdreifachte ſich in Rom dieſe Zahl.

Die Etymologie lehrt uns alſo, daß die comitia curiata urſprünglich Verſammlungen des Heeres geweſen, und der Ausdruck Quirites, mit dem das Volk angeredet wird, gewährt uns ein anderes Argument. Die etymologiſche Erklärung desſelben iſt gleichfalls bereits (S. 116) gegeben, und danach bedeutet er

---

giſchen Dingen mein Führer iſt, hat eine andere Ableitung. B. 1, S. 193. — Ebenſo Mommſen, Röm. Geſch. I, S. 72 (Aufl. 4): „Die Bürger" ſind zugleich die „Kriegerſchaft" (populus, verwandt mit populari, verheeren, popa, der Schlächter), in den alten Litaneien iſt es die „ſpeerbewehrte Wehrmannſchaft" (pilumnus poplus), auf die der Segen des Mars herabgefleht wird." Eine Analogie bietet die Bezeichnung Woiska (Woi = Krieg, woiska buchſtäblich = Kriegerhaufe) in Montenegro für Volkshaufe, Verſammlung.

148) Wie bei allen ſolchen eine Zahl enthaltenden Ausdrücken bleibt der Name derſelbe, auch wenn die Zahl im Laufe der Zeit ſich ändert. Gegen jene Ableitung hat ſich Lange (oben S. 116) und Mommſen erklärt (a. a. O. S. 67; „curia wohl mit curare = Coerare, κοίρανος verwandt), dafür Schwegler, Röm. Geſch. S. 496, mit Berufung auf das Oskiſche vereia = viria, Männerſchaft, Gemeinde, und covehria = coviria."

die Krieger, welche die quiris, die dienstmäßige Lanze, tragen. Populus Romanus Quiritium ist also die junge römische Mannschaft der Lanzenträger, das Heer in seinen Versammlungen. Man muß sich nur nicht daran stoßen, daß der Ausdruck Quiritos später, als die Begriffe Volk und Heer praktisch auseinander gefallen waren, die Bürger bezeichnete, und seine Anwendung auf die Soldaten einen Schimpf enthielt; eine solche Abnutzung des Ausdruckes durch Umgestaltung der Sache selbst ist nichts Ungewöhnliches. Ebensowenig darf uns die spätere Kompetenz der Kuriatkomitien über ihre ursprüngliche Bestimmung und ihren ursprünglichen Charakter täuschen.

Nachdem die Verfassung des Servius Tullius, die ganz im Geiste der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen, die Wehrverfassung als Fundament des Staats beibehielt,[149] längere Zeit bestanden hatte, konnte es für alle, die nur den gegenwärtigen Bestand der Zenturiat- und Kuriatkomitien kannten, den Anschein gewinnen, als ob letztere mit der Wehrverfassung nichts gemein gehabt hätten. Allein der Kenner des Altertums wußte das Gegenteil,[150] und in der Verleihung des imperium, des militärischen Oberbefehls, die nach wie vor den Kuriatkomitien vorbehalten blieb,[151] dauerte noch ein wichtiger Überrest ihres militärischen Charakters fort. Daß die Kuriatkomitien innerhalb, die Zenturiatkomitien außerhalb der Stadt auf dem Cam-

149) Dies zeigt sich auch in der militärischen Form der Abhaltung der Zenturiatkomitien. „Das Volk erscheint in den Zenturiatkomitien dem Begriff der centuriae gemäß als bewaffnetes Heer, in seine Zenturien und unter seine Fähnlein geordnet, die Zenturionen an der Spitze, daher man auch die Ansagung von Zenturiatkomitien exercitum (zum Unterschiede vom Kriegsheere auch wohl exercitum urbanum) imperare, ihre Entlassung exercitum remittere nannte.“ Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 414.

150) So z. B. Livius V, 52. Comitia curiata, quae rem militarem continent.

151) Cic. de leg. agr. II, 12. Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.

pus Martius ſtattfanden, hängt mit der Geſchichte des imperium zuſammen. In der Königszeit erſtreckte ſich der Heerbann, das imperium, auch auf die Stadt, folglich konnten die Verſammlungen des Heeres auch in der Stadt gehalten werden, mit dem Königtum aber wurde das imperium aus der Stadt exiliert, und die Zenturiatkomitien der ſervianiſchen Wehrverfaſſung, die erſt jetzt wieder ins Leben traten, wurden konſequenterweiſe vor die Stadt, und zwar in bezeichnender Weiſe auf das dem Kriegsgott gewidmete Feld verlegt.[152])

Wir wenden uns jetzt dem Königtum zu oder, um gleich unſere Anſicht über die Stellung desſelben zur römiſchen Verfaſſung auszuſprechen, der Heerführung und dem damit gegebenen Prinzip der Subordination. Die Anſichten über den Urſprung und den Charakter des römiſchen Königtums gehen weit auseinander,[153]) es iſt hier aber nicht der Ort, ſie zu kritiſieren; ich beſchränke mich auf die Mitteilung und Begründung meiner eigenen.

Rex, der Richtende (reg-ula, reg-ere), heißt der König, nicht weil er richtet im juriſtiſchen, ſondern im militäriſchen Sinn. Wie die militäriſche Ordnung bei einem kriegeriſchen Volk die wichtigſte, älteſte und der Ausgangspunkt für die politiſche iſt, ſo auch das Amt des Heerführers, der dieſe äußerliche, mechaniſche Ordnung einrichtet und erhält, unentbehrlicher und älter als das des Magiſtrats, der die abſtraktere Ordnung und Einrichtung des Staats überwacht. Erſt infolge der zunehmenden Einmiſchung des Staas in Intereſſen, die früher ſich ſelbſt überlaſſen geweſen waren, ändert ſich dies Verhältnis. In älteſter Zeit aber treten die politiſchen Funktionen des Königs gegen

152) Gellius XV, 27. — — quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi. Liv. 39, 15 cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.

153) Hat man doch mit Ableitung des Wortes rex von ῥέζειν, opfern, ſeinen Urſprung in ein Prieſtertum ſetzen wollen.

seine militärischen weit in den Schatten. Ein mutiger geschickter Feldherr war einem kriegerischen Volke wesentlicher als ein weiser Friedensfürst. Der Akt der *ersten* Unterordnung vollzieht sich bei jenem leichter als bei diesem. Man muß sich des republikanischen Geistes erinnern, aus dem das römische Recht hervorgegangen ist, jener Ideen der persönlichen Freiheit, der Koordination der Individuen, der Abneigung gegen die Einmischung der Staatsbeamten usw., um beurteilen zu können, daß der Durchbruch des Subordinationsprinzips, und das ist ja das Königtum, am ersten und leichtesten bei dem Punkt möglich war, wo die unabweisbare Notwendigkeit der Unterordnung jedem einleuchten mußte, und dieser Punkt war die Wehrverfassung. Der erste rex war ein Feldherr, den man mit Rücksicht auf seine militärische Tüchtigkeit an die Spitze stellte, und dem man die unentbehrliche Macht eines solchen, eine unumschränkte Gewalt, imperium, verlieh. Da aber das ganze Volk beständig auf dem Kriegsfuß blieb, so war auch die Feldherrnwürde eine dauernde, ein dauernder Feldherr aber, der niemanden über sich hat, ist König.

Sowie nun die politische Macht des Königs nur als Ausfluß und Appendix seiner militärischen Gewalt erscheint, ebenso seine religiöse Stellung und Machtbefugnis. Wie könnte er eine Schlacht wagen, ohne sich vorher durch Auspizien der Zustimmung der Götter versichert zu haben, und wie könnte er auf ihren Beistand rechnen, ohne sie durch Opfer sich und seinem Heere geneigt gemacht zu haben? Die Religion erscheint bei den Römern als unzertrennliche Begleiterin jeder wichtigen Institution, jeder Verbindung im Innern des Staats und nach außen hin, jeder Würde und jeder wichtigen Maßregel des öffentlichen und Privatlebens. Sowie der Hausvater für die Seinigen den Hausgottesdienst versieht, so der König für das Volk. Die Götter Roms verlangen nicht die Vermittlung der Priester, um sich verehren zu lassen, letztere lehren die Weise, die den Göttern wohlgefällig ist, aber die Fähigkeit für sich und alle, die er vertritt,

sich ihnen zu nahen, wohnt jedem Oberhaupt einer kleineren oder größeren Genossenschaft an sich schon inne.

So erscheint also die königliche Würde nicht als eine Kumulation dreier selbständiger Gewalten, der militärischen, politischen und religiösen, der König ist nicht Feldherr, politisches Oberhaupt und Priester, sondern er ist Feldherr, und in dieser Qualität ist er zugleich berechtigt, das Heer zu politischen Zwecken zu versammeln und für dasselbe zu opfern.[154]) Die Unterscheidung jener drei Qualitäten, die Ablösung einzelner Machtausflüsse derselben und ihre Gestaltung zu eigenen Ämtern ist erst das Werk eines längern Entwicklungsprozesses. Von diesem spätern Standpunkt aus konnte man das imperium[155]) als Inbegriff dreier verschiedener Gewalten bezeichnen, seiner ursprünglichen Natur nach ist es nichts als militärischer Oberbefehl. Wie es das Wesen der militärischen Disziplin erheischt, lag darin das Recht über Leben und Tod (gladii potestas), angedeutet durch die Beile auf den fasces, und dieses Recht mußte dem gewählten König erst durch einen besonderen Beschluß der Komitien übertragen werden. Dieser Akt enthält die vertragsmäßige Unterwerfung des Heeres unter den Oberbefehl des Gewählten, und darum mußte letzterer selbst zugegen sein, um diesen Vertrag mit ihm abzuschließen, und der Antrag mußte nach dem Gesetz der Initiative (III. § 47[b] Note 840) von ihm selbst ausgehen.

Auch das imperium also läßt sich auf einen Vertrag zurückführen, aber auch nur die Verleihung desselben. Die Fortdauer und die Ausübung desselben im einzelnen Fall ist von der Ein-

154) Serv. ad Virg. Aen. III, 80. Majorum haec erat consuetudo, ut rex esset etiam sacerdos et pontifex. Dasselbe wiederholte sich in den kleineren Kreisen der Kurien und der Gentes mit den Vorstehern derselben, den Kurionen und den Dekurionen, wie denn überhaupt die Verfassung des ältesten Staats auf Imitation beruht.

155) Die etymologische Abstammung des Wortes ist noch nicht ermittelt. Man hat wohl an parere (gehorchen), par (gleich) gedacht, allein im Oskischen findet sich die Form embratur für imperator und macht eine andere Ableitung wahrscheinlich.

willigung des Volks unabhängig; es begründet, sowie es erteilt ist, ein dauerndes Subjektionsverhältnis. Der Umfang desselben ward durch das militärische Interesse bestimmt: soweit letzteres, soweit jenes; bei einem kriegerischen Volk aber reicht jenes Interesse außerordentlich weit. In dem imperium lag natürlich das Recht, die militärische Disziplin durch eine unbeschränkte Strafgewalt aufrecht zu erhalten. Was dem Feldherrn zur Zeit der Republik nicht versagt ward, konnte auch dem König nicht fehlen. An sich war diese militärische Strafgewalt mit der des Volks durchaus verträglich; beide bewegten sich ja in ganz verschiedenen Kreisen, die eine war auf den Soldaten, die andere auf den Bürger verwiesen. Zur Zeit der Republik wurden diese Kreise streng innegehalten, und nur, wenn man in der Not zur Ernennung eines Diktators schritt — die heutige Verhängung des Belagerungszustandes oder Proklamierung des Standrechts —, ward die ganze Bevölkerung unter die Strenge des Kriegsgesetzes gestellt. Zur Königszeit hingegen hatte jene militärische Strafgerichtsbarkeit eine ungleich größere Ausdehnung und griff mit eiserner Hand auch ins bürgerliche Leben ein. Man braucht aber diese Ausdehnung nicht als ein Werk der reinen Gewalt, als eine Usurpation der Könige zu betrachten, sondern es lassen sich Gesichtspunkte auffinden, die dieselbe motivieren, wenigstens begreiflich machen.[155a]) Zunächst nämlich war ja die militärische

155a]) Dieselbe Entwicklung der militärischen Strafgerichtsbarkeit wiederholt sich bei den normannischen Königen in England, s. darüber Gneist, Die Geschichte des Selfgovernment in England. Berlin 1863. S. 86. „Vom Standpunkt ihrer lehnsrechtlichen Königshoheit aus werden die schweren Verbrechen als Militärverbrechen (felonies) Gegenstand von Strafverordnungen des Kriegsherrn. Namentlich unter Heinrich I. ist eine große Zahl neuer Fälle zu Kapitalverbrechen erklärt. Die eigentlichen Kriminalfälle erscheinen nun als feloniae contra pacem Domini Regis.“ Beispiele auf S. 87 daselbst: Aufruhr gegen König und Reich, im Heere, Totschlag, Brandstiftung, Raub, Entführung, Fälschung, selbst Schlägereien, wenn sie einen tumultuarischen Charakter annehmen. Der Begriff der perduellio (s. u.) war in den Händen der römischen Könige derselben elastischen Handhabung fähig als der der felonies in denen der normannischen.

Gewalt des Königs keineswegs auf die Zeit des Marsches beschränkt, für die Dauer des Friedens und des Aufenthaltes in Rom selbst aber suspendiert. Behielt das Volk seine Qualität als Heer auch in Rom bei, so dauerte auch die Disziplin und mit ihr die militärische Strafgewalt fort. Die Disziplin ist aber ein sehr elastischer Begriff und ließ sich in den Händen eines herrschsüchtigen Königs ohne Gewaltsamkeit soweit spannen, daß von einem dienstfähigen Bürger kaum ein Verbrechen begangen werden konnte, das der König, wenn er wollte, nicht hätte bestrafen dürfen. Ein zweiter Gesichtspunkt gab dem König eine Strafgewalt auch über die nicht mehr zum aktiven Heer gehörigen Personen. Als Befehlshaber der bewaffneten Macht sollte er den Staat gegen seine Feinde schützen, die öffentliche Sicherheit, wo sie gestört war, wieder herstellen. Ob diese Feinde aber äußere oder innere und im letzteren Fall der militärischen Strafgewalt unterworfen waren oder nicht, machte keinen Unterschied; sie verfielen gleichmäßig der Schärfe des Schwertes. Sowenig das Volk das Schicksal gefangener Feinde zu bestimmen hatte, sondern wie dies dem Feldherrn allein überlassen blieb, so auch die Bestrafung der inneren Feinde.[156]) Wer seinerseits als Feind, als perduellis[157]) verfährt, gegen den wird wiederum so verfahren, d. h. der König richtet ihn nach Kriegsrecht, und eine Provokation ans Volk ist unstatthaft. Das ist das weite Verbrechen

156) Daß der König den perduellis richtete, geht aus dem bekannten Fall des Horatius hervor, ebenso richtet Brutus als Inhaber des imperium die Verschworenen, welche dem Tarquinius die Stadt übergeben wollten. Auch im letztern Fall lag eine perduellio vor, und es scheint mir nicht statthaft, aus den hier und anderwärts gebrauchten Ausdrücken: proditores, proditio usw. mit Rubino S. 466 ff. ein eigenes Verbrechen der proditio im Gegensatz der perduellio zu bilden. Wäre es statthaft, so würde aber auch dieses Verbrechen nach dem im Text aufgestellten Gesichtspunkt der Strafgerichtsbarkeit des Königs anheim gefallen sein.

157) Perduellis (von para, sehr, und duellum, dem spätern bellum) Festus sub voce: hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis.

der perduellio = der Betätigung feindseliger Gesinnung gegen das Gemeinwesen.[158])

Wie weit nun immerhin selbst über diese Gesichtspunkte hinaus die Strafgerichtsbarkeit des Königs sich ausgedehnt haben möge, der ursprüngliche Grund und das Gebiet derselben lag innerhalb der Wehrverfassung. Hier erscheint ihre Bildung ebenso begreiflich, ja notwendig, wie sie umgekehrt abgesehen davon gegenüber den Ideen über vindicta publica rätselhaft sein würde. Daß sie von hier aus Übergriffe in das Gebiet der Strafgerichtsbarkeit des Volks machte, ist gleichfalls erklärlich, und ich erblicke in der gegen die Urteilssprüche der Könige eingelegten Provokation ans Volk nichts als eine Abwehr dieser Übergriffe, eine Reklamation des Volksgerichts in Fällen, wo der Verurteilte die Kompetenz des Königs glaubte bestreiten zu dürfen[159]) und ein Interesse daran hatte dies zu tun. Es

158) L. 11 ad leg. Jul. maj. (48. 4): Perduellionis reus est hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus. Liv. IV. 15 Vim parantem, ne judicio se committeret, vi coercitum esse; nec cum eo tanquam cum cive agendum fuisse. Id. II. 45. Edicunt inde . . si quis injussu pugnaverit, ut in hostem animadversuros. Daher bei Vollziehung des Todesurteils das Trompetensignal, Seneca de ira I c. 16: convocanda classico concio.

159) Also nicht eine Appellation an eine höhere Instanz, sondern, wenn man will, eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Inkompetenz. Bei militärischen Vergehen fiel die Provokation aus diesem Grunde hinweg, denn für sie war ja die Kompetenz des Königs zweifellos, und hierauf sind die Nachrichten zu beziehen, welche die Zulässigkeit der Provokation in der Königszeit verneinen. Bei gemeinen Verbrechen hingegen waren die Volksgerichte kompetent, und wenn hier dennoch der König eingeschritten war, so mochte der Verurteilte auf sein kompetentes Gericht provozieren; hierauf beziehe ich die Nachrichten, welche bezeugen, provocationem etiam a regibus fuisse. In dem bekannten Fall des Horatius (Liv. I, 25. 26) enthielt die Verstattung der Provokation eine große Vergünstigung, denn Horatius tötete die Schwester, als er mit dem siegreichen Heere in Rom einzog, also als Soldat. Dies war der Grund, der diese Provokation so auffällig machte, und warum der Vater des Fabius (Liv. VIII, 33) sich auf dieses Beispiel berief, denn was er wollte war ebenfalls die Verstattung einer Provokation gegen ein militärisches Vergehen.

braucht aber nicht ausgeführt zu werden, daß und warum bei diesem Konflikt beider Strafgewalten die Lage des Königs eine unendlich viel günstigere war als die des Volks, das erst durch den König zusammenberufen werden mußte. Kein Wunder, daß es im Laufe der Zeit seinen Anteil an der Strafrechtspflege auf das Minimum beschränkt sah, welches der König ihm einzuräumen für gut fand.

Die im bisherigen entwickelte Auffassung des römischen Königtums oder richtiger seines ursprünglichen Motives hat den Vorwurf einer zu einseitigen Betonung des militärischen Gesichtspunktes auf sich geladen, und da dieser Vorwurf aus dem Mund von Männern kommt,[159a]) denen ich in bezug auf diese Partie des römischen Altertums ein kompetenteres Urteil zutraue als mir selber, so hat er mich zu wiederholter ernster Prüfung veranlaßt. Das Bedürfnis, für das römische Königtum nach einer Erklärung zu suchen, haben auch andere gefühlt, und wenn man sich die Umgebung und den Boden, den dasselbe vorfindet, vergegenwärtigt, wird man dies begreiflich finden. Der Geist, der uns aus allen Spuren der Urzeit anweht, ist kein dem Königtum günstiger, es ist der Geist des trotzigen Selbstgefühls, der individuellen Unabhängigkeit und Selbständigkeit, der Gedanke, daß jeder in allen Dingen sein eigner Herr ist, soweit er nicht einem andern eine Gewalt über sich eingeräumt hat. Mit diesem Geist erscheint das Königtum in meinen Augen psychologisch nur vereinbar, wenn man seine Einführung auf Gründe zu stützen vermag, die selbst für jenen Sinn etwas Zwingendes haben mußten. Vergebens aber sehe ich mich außer dem obigen Gesichtspunkt nach solchen Gründen um. Es ist nicht wahr, daß das Interesse der Rechtspflege das Königtum hätte ins Leben rufen

---

159a) Wie z. B. Schwegler, Röm. Gesch. I S. 651.

können; bei unleugbarer Schuld vollzieht der Gläubiger selber die Exekution, ohne daß ihm die Obrigkeit den Schuldner erst zuspricht, bei zweifelhaftem Anspruch übertragen beide die Entscheidung einem Mann ihrer Wahl (S. 167). Ebensowenig aber will es mir einleuchten, daß der römische König wie in den Theokratien des Orients der Religion sein Amt verdankt habe. Die Religion ist in der römischen Kosmogonie (§ 8) erst das zweite, Numa kommt erst nach Romulus, und darin ist das Verhältnis der geistlichen Hierarchie der weltlichen gegenüber vorbildlich ausgeprägt. Daß der geistliche König zugleich Feldherr hätte sein sollen, wird jeder, der eine Ahnung vom römischen Wesen hat, für eine Unmöglichkeit erklären; daß umgekehrt der Feldherr oder das weltliche Oberhaupt zugleich sakrale Funktionen hatte, wird niemanden wundernehmen.

Man hat das römische Königtum nach Art des Patriarchalstaats an die väterliche Gewalt anknüpfen wollen[159b]) — für einen auf das Familienprinzip gegründeten Staat eine an sich ganz plausible Idee. Allein man führe sie einmal konsequent durch, um zu sehen, wohin man gelangt. Hätte die römische Welt für diese Verwendung der patria potestas Sinn und Verständnis gehabt, so hätte doch die Verfassung der gens den nächsten Anlaß dazu bieten müssen, der Patriarch der gens hätte das naturgemäße Urbild des obersten Patriarchen abgegeben. Aber die Verfassung der gens ist durch und durch republikanisch organisiert, die Gentilen erben, helfen, beschließen, üben die Disziplinargewalt

159b) Am entschiedensten Lange, Röm. Altert. B. 1 (Aufl. 2.) § 44, obschon er die großen Abweichungen beider Verhältnisse einräumen muß, s. S. 237, 240. „Widerspruch in sich selber." Im wesentlichen auch Mommsen, Röm. Gesch. I, 1. Kap. 5 (Aufl. 4) S. 64 ... „sichtbare Einheit des obersten röm. Hauses, das ganz Rom einschloß ..." „Alsdann hat er ganz die Macht in der Gemeinde, die im Hause dem Hausvater zukommt, und herrscht wie dieser auf Lebenszeit ... Ihm steht wie dem Vater das Züchtigungsrecht und die Gerichtsbarkeit zu."

aus. Wir wissen von einem „princeps gentis“,[159c]) aber nichts von einem monarchischen Oberhaupt derselben. Wenn einmal die Verfassung des Gesamtstaates — und dahin geht ja die obige Ansicht — der des Hauses nachgebildet war und darum der Posten des Hausvaters sich in dem des Königs wiederholen soll, wie kommt es, daß derselbe gerade in dem der Familie noch ungleich näher stehenden engeren Kreise der gens fehlt? Die Architektonik des ältesten Staats beruht wesentlich auf Nachbildung des kleineren Kreises im größeren, auf Imitation und Symmetrie. Damit aber kann ich es durchaus nicht vereinigen, daß man bei der angeblichen Hinübernahme des Vaters aus der Familie in die Staatsverfassung das so wichtige Mittelglied der gens, der Kurien nicht zu gedenken, übersprang. Aber auch die Stellung des römischen Königs zum Volk entspricht keineswegs der Gestalt, die sonst das Patriarchentum an sich trägt, der gänzlich mangelnden etymologischen Andeutungen völlig zu geschweigen. Das Vermögen des Staates ist nicht „königliches Gut“ sondern res publica, der König wird nicht einer bestimmten Familie entnommen, noch weniger durch Geburt bestimmt, sondern er wird völlig frei gewählt, über das Vermögen des einzelnen hat er nicht die geringste Macht, während die väterliche Gewalt umgekehrt das ganze Vermögen des Hauses in die Hände des Kindes legt. Und nach außen hin, wo er Gelegenheit gehabt hätte, sein Volk als Vater zu vertreten, ist nicht er es, der dies tut, sondern es wird ein eigener „gemachter Vater“ (pater patratus) für den einzelnen Fall ernannt, der, nachdem er dem fremden Volk seine Klagen vorgebracht hat, in sein Nichts zurücksinkt, um später dem König als Feldherrn Platz zu machen. Die Formel, deren sich dieser Sendbote bedient — offenbar eine der ältesten, die uns erhalten sind (Liv. I, 32) —, ist für die Stellung, welche der König ein-

159c) Macrob. Sat. I, 6 i. f. princeps Corneliae gentis. Sueton. Tib. c. 1 Atta Claudio gentis principe.

nimmt, höchst charakteristisch. In ihr ist von letzterem gar nicht die Rede, sondern bloß vom Volk! Der Mann kündigt sich an als „Bote des römischen Volks", und nachdem er seine Litanei beendet hat, droht er nicht etwa damit, daß er es dem König sagen werde, sondern daß die „Ältesten" daheim das Weitere beraten würden. Der Krieg ist beschlossen, wenn die Majorität des Senats sich dafür erklärt hat, ohne daß der König dabei weiter etwas zu tun hätte als abstimmen zu lassen. Und bei der Ankündigung des Krieges ist wiederum vom König gar keine Rede, der Gesandte kündigt ihn an als beschlossen vom Senat in dessen und des römischen Volks Namen. Und jetzt erst, wenn das Heer zu Felde zieht, merkt man, daß ein König da ist, d. i. der Feldherr.

Doch es sei dem, wie ihm wolle — möge ich immerhin die Qualität des Feldherrn im römischen König zu ausschließlich betont haben, so viel glaube ich behaupten zu dürfen, daß von diesem Ausgangspunkt aus das ganze römische Königtum sich ungleich befriedigender psychologisch und historisch erklären läßt, als wenn man es an die Religion oder die väterliche Gewalt anknüpft. Mögen auch andere Ideen mitgewirkt haben — an dem vorwiegend militärischen Charakter des römischen Königtums halte ich nach wie vor fest, und ich kann es mir nicht versagen, bei dem geringen Anklang, den diese Idee zurzeit noch gefunden, wenigstens eine Autorität für sie anzuführen. Es ist eine Stelle aus Schwegler römischer Geschichte (I S. 523), die ich im folgenden abdrucken lasse.

„In den beiden ersten Königen des römischen Staats, heißt es hier, hat der Mythus die beiden, auf den ersten Anblick so disparaten Grundelemente des römischen Wesens personifiziert, den kriegerischen Geist der Nation und ihre Deisidämonie. Daher mußte der erste König den römischen Staat durch Waffengewalt begründet, ihm den Geist der Eroberung, den Ehrgeiz kriegerischer Überlegenheit eingeflößt, der zweite ihn durch Religion und Sittigung neu gegründet, gleichsam neu geboren haben. Die kriegerische Tätigkeit ist es also, was den Mittelpunkt des romu-

liſchen Wirkens ausmacht, iſt doch die Ermahnung zum eifrigen Betrieb des Waffenwerks das letzte Wort, das er an ſeine Römer richtet, gleichſam ſein politiſches Teſtament. Es läßt ſich nicht leugnen, daß dieſer Dichtung eine richtige Idee zugrunde liegt. Jedem Staate gehen die Bedingungen ſeines Urſprunges nach, keiner kann ſeine hiſtoriſche Baſis ändern, und wenn es wahr iſt, daß ein Reich mit denſelben Mitteln behauptet werden muß, durch welche es begründet worden iſt, ſo hat auch der umgekehrte Schluß einigen Schein der Wahrheit, daß mit denſelben Mitteln, durch welche ein Reich behauptet werden muß, in der Regel auch ſeine Gründung bewerkſtelligt worden iſt; daß folglich ein Staat, der nur durch das Schwert beſteht, dem Schwerte auch ſeinen Urſprung verdankt. Die Nationen haben häufig in ihren Gründungsſagen ein ſehr richtiges Bewußtſein ihres nationalen Charakters und ihres hiſtoriſchen Berufs niedergelegt. Kauf und Liſt waren die Mittel, die bei Karthagos Gründung angewandt worden ſein ſollen: nicht glücklicher konnte der Geiſt dieſes Krämervolkes ſymboliſiert werden. Mit dem Schwerte ſoll Rom gegründet worden ſein, ein Kriegsheld ſoll es geſtiftet haben: kein anderer Stifter, als ein ſolcher, war des großen Martialſtaates würdig."

So weit Schwegler. Und damit möge die Frage vom römiſchen Königtum beſchloſſen ſein. Aber ein anderes bleibt uns noch übrig, es iſt der kulturhiſtoriſche Einfluß der militäriſchen Disziplin auf das römiſche Volk — ein Einfluß, den meines Erachtens auch die Rechtsgeſchichte nicht außer acht laſſen darf. Er ſteht im engſten Zuſammenhang mit jenem Sinne für ſtrenge äußere Ordnung und unverbrüchliche Beobachtung der Form, welcher dem römiſchen Volk in ſo hervorragender Weiſe eigen war. Keine andere Schule ruft denſelben ſo leicht und ſo ſicher hervor wie die militäriſche Zucht. Der Sinn, den ſie erzeugt, iſt allerdings nur eine untergeordnete Form des ſittlichen Geiſtes, er hat etwas Unfreies, beruht mehr auf mechaniſcher Gewöhnung als auf innerlicher, ſittlicher Durchbildung, iſt mehr

auf die äußere Form und stereotype Gleichmäßigkeit der Ordnung als auf ihr inneres Wesen gerichtet. Gleichwohl ist er von unschätzbarem Wert, und ein Volk, das etwas Großes erreichen will, bedarf der militärischen Erziehung. In Zeiten der Verwilderung ist der Krieg, der das Volk unter die Zuchtrute der militärischen Disziplin bringt, die Stahlkur der Völker, das sicherste Mittel zu ihrer Genesung. Nicht in der Strenge liegt die heilende Kraft der militärischen Disziplin; ein despotisches Regiment kann sie darin weit überbieten und entnervt und demoralisiert doch ein Volk meit mehr, als daß es dasselbe kräftigt. Während letzteres nur die Strenge der Willkür übt, handhabt die militärische Disziplin die Strenge der Ordnung; es gibt vielleicht kein Verhältnis, welches in dem Grade die Notwendigkeit der äußeren Ordnung dem Menschen begreiflich macht und ihm eine so unvertilgbare Abneigung gegen alle Unordnung, Formlosigkeit und Regellosigkeit einprägt als die militärische Zucht.

Das römische Volk der Königszeit war so glücklich eine Verfassung zu besitzen, die dasselbe im Frieden wie im Krieg in dieser militärischen Zucht erhielt. Nachdem es darin seine Erziehung gefunden,[160]) der Geist der Ordnung und Gesetzlichkeit dem Volk zur zweiten Natur geworden, mochte diese Schule ohne Gefahr auf die Zeiten des Krieges beschränkt werden. Die Eroberungssucht der Römer stürzte sie unaufhörlich in neue Kriege und wandte damit jeder neuen Generation den Vorteil einer militärischen Erziehung zu. Der Krieg lehrte den Wert der Ordnung kennen, der Frieden den der Freiheit, und die Jugend des römischen Volks erwarb sich in der strengen Schule des Gehorsams, die übrigens schon im Hause mit der patria potestas begann, die Würdigkeit und Fähigkeit zum Herrschen.

160) Die Römer selbst erkannten dies an; s. z. B. Livius lib. II, 1 in einer Reflexion über die Königszeit.

In der Geschichte des römischen Volks wie in dem Recht selbst tritt der Einfluß jener Erziehung in höchstem Grade hervor. Es ist ein Verdienst von Hegel,[161]) das durch die Art, wie er diesen Gedanken outriert (S. 100), nicht aufgehoben wird, auf den Einfluß, den die militärische Disziplin auf die römische Sinnesweise ausgeübt hat, aufmerksam gemacht zu haben, und der Rechtshistoriker ist am meisten in der Lage, den Wert dieser Bemerkung zu würdigen, insofern gerade er den Fingerzeig, den sie gibt, weiter verfolgen kann. Jener Formalismus des römischen Rechts, den wir im zweiten System als einen der hervorstechendsten Charakterzüge desselben kennen lernen werden, wo fände er, wenn man ihn nicht unvermittelt und unerklärt als einfache Tatsache stehen lassen will, einen bessern Anknüpfungspunkt als in dem Formalismus der militärischen Disziplin? Was ist er anders als gleich letzterem die Ordnung der Ordnung wegen, die Disziplin der Rechtsgeschäfte, die auf strenge Gleichmäßigkeit unerbittlich hält und jedes Versehen, jede an sich gleichgültige, bedeutungslose Abweichung von der äußern Ordnung unnachsichtlich straft? Für das römische Recht enthält er dieselbe Schule der Zucht und Ordnung, die das Volk im Lager fand. Hier im Lager wurde das Volk an jene Subordination, an jene Strenge des Buchstabens gewöhnt, die es nachher in den Formen seines Rechtslebens wiederfand; ein im Dienst ergrauter Feldherr hätte nicht mit größerer Pedanterie und Strenge die äußere Ordnung des Rechtsverkehrs feststellen und beaufsichtigen können

---

161) Philos. der Geschichte 1840, S. 346: „Denn sie (die Stiftung des Staats) führt unmittelbar die härteste Disziplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes. Ein Staat, der sich selbst erst gebildet hat und auf Gewalt beruht, muß mit Gewalt zusammengehalten werden. Es ist da nicht ein sittlicher, liberaler Zusammenhang, sondern ein gezwungener Zustand der Subordination, der sich aus solchem Ursprunge herleitet;“ vor allem aber S. 350, wo er namentlich auch hervorhebt, daß „die Plebs im Aufstande und in der Auflösung der gesetzlichen Ordnung so oft durch das bloß Formelle wieder zur Ruhe gebracht sei.“

als die alten Juristen. Den segensreichen Einfluß, den diese militärische Disziplinierung der Rechtsgeschäfte auf die Entwicklung des römischen Rechts ausübte, können wir erst im zweiten System schildern, aber schon hier ist der Ort zu der Bemerkung, daß an der Größe des römischen Rechts der kriegerische Sinn der Bevölkerung einen Hauptanteil des Verdienstes hat.

3. Das religiöse Prinzip mit seinem Einfluß auf Staat und Recht.

Gegensatz des religiösen und weltlichen Rechts (fas und ius) — Hervortreten des religiösen Elements in den verschiedenen Teilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — Die Strafe als religiöses Sühnemittel — Der homo sacer — Das Privatrecht.

> Civitas quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset. Cic. de nat. deor. III, 2.

XVIII. Die Elemente der römischen Rechtswelt, welche die bisherige Entwicklung uns vorgeführt hat, bewegen sich sämtlich in der nüchternen prosaischen Sphäre des Zweckbegriffs — Ideen und Einrichtungen von praktischer Tendenz, als solche wertvoll und unentbehrlich, aber ohne höhern sittlichen Schwung. Ist je ein Recht und Staat aus solchem Material erbaut worden? Soviel wir wissen, nie! „Was ein Volk aus der eigenen Mitte schöpfen soll, sagt treffend Jakob Grimm, wird seinesgleichen, was es mit Händen anfassen darf, wird entweiht; ohne Unnahbarkeit wäre kein Heiligtum, woran der Mensch hangen und haften soll, begründet."

Überall, wo das Recht in der Geschichte zuerst auftritt, erscheint es in Verbindung mit einer andern Macht, die, indem sie ihm den Stempel höherer Weihe verleiht, es dem Wechsel der Interessen und Zwecke, der Kritik des Verstandes und dem Belieben der nackten Gewalt entzieht, es in eine gewisse ehrfurchtsvolle, unnahbare Ferne rückt — der Religion. Die Gebote des

Rechts werden zu Geboten Gottes erhoben, ſeien es bloß gewiſſe von beſonderem ſittlichen Ernſt und Gewicht, ſeien es ſämtliche. Nicht als wenn dabei Abſicht, Berechnung, ein frommer Betrug im Spiel wäre, ſondern das Gefühl von der ſittlichen Natur des Rechts, indem es ſubjektiv der religiös geſtimmten Natur als Stimme Gottes wahrnehmbar wird, lagert objektiv ſeine Eingebungen und Anſchauungen als göttliche Offenbarungen ab. Das religiös erregte Gemüt des Orients vernimmt dieſe Stimme Gottes überall, bei allen Verhältniſſen und Geboten des Rechts ſowohl wie der Moral; die Sphären des Rechts, der Moral und der Religion gelangen hier gar nicht zu ihrer Selbſtändigkeit, die Idee des göttlichen Willens ſtellt ſie alle auf eine und dieſelbe Linie. Aber das kälter geſtimmte Gemüt der Kulturvölker des Abendlandes kennt neben den Geboten und Verhältniſſen des Rechts und der Moral, die ihm im Lichte göttlicher Anordnungen und Einrichtungen erſcheinen, bereits andere, bei denen es ſich ihres rein menſchlichen Urſprunges und Charakters ſehr wohl bewußt iſt. Bei dem griechiſchen Volk hat ſich dieſe Scheidung erſt in hiſtoriſcher Zeit vollzogen,[163a]) bei dem römiſchen bereits in der Urzeit; es bringt, gleich als wollte es damit ſofort von vornherein ſeinen Beruf für die Welt des Rechts und ſein praktiſches Zerſetzungsvermögen dokumentieren, den Gegenſatz von fas und jus, in dem jene Scheidung ausgeprägt iſt, ſchon bei ſeinem erſten Auftreten mit.

Fas iſt das religiöſe, heilige oder geoffenbarte Recht.[164]) Das

---

163a) K. F. Hermann, Über Geſetze, Geſetzgebungen und geſetzgebende Gewalt im griechiſchen Altertum. Abdruck aus B. 4 der Abh. der Geſellſch. der Wiſſenſch. zu Göttingen. Daſelbſt 1849. S. 7 fl. Der Gegenſatz ſtellt ſich dar in θέμις und θεσμὸς auf der einen und νόμος und δίκη auf der andern Seite. Bei Homer kommt nur θεσμὸς, nicht νόμος vor.

164) Isid. Orig. V. 2: Fas lex divina, jus lex humana est. Serv. ad Virg. Georg. I, 269. Fas et jura sinunt i. e. divina humanaque jura permittunt, nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines. Die Sanskrit-Wurzel bhâ, von der man dies Wort abzuleiten pflegt, bedeutet:

Fas schließt sowohl die Religion, soweit sie rechtliche Gestaltung annimmt, also in unserer heutigen Sprache das Kirchenrecht, als das Privat- und öffentliche Recht, soweit es eine religiöse Beziehung hat, in sich — eine Unterscheidung, die wir machen dürfen, um uns den Umfang des Fas klar zu machen, die übrigens im Fas selber nicht hervortritt. Nicht das ganze Recht hat einen religiösen Charakter; die religiöse Substanz durchdringt, wenn ich so sagen darf, nicht mehr den gesamten Organismus, sondern Gott und Menschen, Religion und Staat haben sich bereits geteilt, eine Grenzscheidung vorgenommen. Das Jus ist Menschensatzung, daher veränderlich, bildsam. Die bindende Kraft desselben beruht auf der gemeinsamen Vereinbarung des Volks, die Nichtachtung desselben verletzt bloß menschliche Interessen. Das Fas hingegen stützt sich auf den Willen der Götter, ist also unabänderlich, insoweit nicht die Götter selbst eine Neuerung belieben; die Übertretung desselben enthält einen Frevel gegen die Götter. Mit dem Fas blickt das römische Recht, möchte ich sagen, nach dem Orient, mit dem Jus nach dem Okzident; jenes ist die stabile, dieses die progressive Seite desselben. So bewährt also dieser sprachlich ausgeprägte, d. h. zum Bewußtsein gekommene Dualismus des Rechts, dem wir beim ersten Eintritt in unser Gebiet begegnen, bereits die zersetzende Kraft des römischen Geistes. In kulturhistorischer Beziehung ist er eine sehr beachtenswerte Erscheinung und bezeichnet einen höchst wichtigen Fortschritt des menschlichen Selbstbewußtseins.

Schon der Grund und Boden, den wir betreten, zeigt uns die Einwirkungen der Religion. Götter, Gemeinde und Indivi-

---

scheinen, daher auch das griech. *φαίνειν* und *φάος*, das Licht. Pott a. a. O. S. 195: Verwandt damit sind *φημί* und fari von der Wurzel bhash (sprechen). Pott S. 271. Es waltet hier ein ähnlicher Zusammenhang zwischen scheinen, zeigen und sagen (mit Worten zeigen), wie bei dicere (S. 163 Anm. 69). Fas ist etymologisch also entweder das Scheinende, das Licht, oder eine Weisung (der Götter), ein Götterausspruch, wie fatum. Über die Etymologie von jus s. Note 114.

duen haben sich darein geteilt, aber nicht bloß der Teil der Götter genießt des religiösen Schutzes, auch die Mauern der Stadt, die Grenzen der Privatgrundstücke,[164a]) wie Steine, Bäume, Gräben, die Früchte auf dem Felde usw. partizipieren daran, und wer die Mauern verletzt, die Grenzen verrückt, die Früchte bei nächtlicher Weile stiehlt, der versündigt sich gegen die Götter und ladet den Zorn derselben und die schwerste Strafe auf sich.[164b])

Aber näher als der Boden steht den Göttern die sittliche Welt, die darauf begründet ist. Am nächsten der Teil derselben, der sich auf ihren unmittelbaren Dienst bezieht, der Kultus und die Kirchenverfassung, wenn man diesen modernen Ausdruck gebrauchen darf. Varro behandelte diese Verhältnisse („res divinae") nach vier Kategorien,[164c]) welche an die drei der Juristen: personae, res, actiones erinnern. Der Kategorie der personae entsprach die „de hominibus", worin er die geistlichen Behörden, der zweiten (res) die de locis, worin er die heiligen Orte: die res sacrae und religiosae behandelte, der dritten (actiones) die zwei letzten de temporibus, über die heiligen Zeiten und Spiele und die de sacris über die Konsekrationen und Opfer. Der Zweck der ganzen Ordnung war, das ganze Volk zum Dienste der Götter heranzuziehen, und zwar nicht etwa in freier Weise, so daß der Irreligiöse sich dem hätte entziehen können oder den Priester hätte für sich beten und opfern lassen können, sondern mittelst rechtlichen Zwanges und so, daß jeder selber die ihm obliegenden Handlungen vorzunehmen hatte. Der Gottesdienst war eine Staatsinstitution, die wie jede andere durch

---

164a) Ebenso nach germanischem Recht. F. Thudichum, Die Gau- und Markverfassung in Deutschland. Gießen 1860 S. 125: „Die bösliche Beschädigung und Verrückung der Grenzzeichen galt als Frevel an der Gottheit."

164b) Das Weitere über den Grenzfrieden s. bei Rudorff in den Schriften der römischen Feldmesser. II S. 236 ff.

164c) Becker-Marquardt, Handbuch der Röm. Altert. IV S. 3.

rechtliche Verpflichtung gesichert war. Denn das Volk ist den Göttern auch für den einzelnen verantwortlich, sie rächen, was der einzelne fehlt, versieht, frevelt, am Ganzen. Darum beschränkt sich diese Ordnung nicht bloß auf die sacra des gesamten Volks und aller seiner einzelnen Kreise, sondern sie geht bis in die Familien hinunter, und die Wächter dieser Ordnung, die pontifices, tragen dafür Sorge, daß bei Erbfällen und Arrogationen die Verhältnisse der Privatsakra geregelt werden. Letztere ruhen wie eine Erbschaftssteuer auf jeder Erbschaft (nulla hereditas sine sacris).

Und nicht karg zugeschnitten ist, was man den Göttern spendet. Der jährliche Aufwand für die Spiele, Feste und Opfer wog in alter Zeit sicherlich schwerer als alle anderen Posten des römischen Staatsbudgets zusammengenommen. Während das Ärar nicht selten in bittere Verlegenheiten kam und zu Anleihen seine Zuflucht nehmen mußte, erfreuten sich die Götter stets des glänzendsten Wohlstandes und des reichsten Einkommens — das Kirchengut war unantastbar, als Eigentum der Götter (res divini juris) stand es außerhalb des commercium.[165]) Erst die spätere Zeit wagte es, das Einkommen der Götter zu schmälern, indem es z. B. die Einnahme aus den Sukkumbenzgeldern bei der legis act. sacramento dem geistlichen Fond entzog und dem weltlichen überwies. Das Besitztum der Kirche bestand außer den unmittelbar der Gottesverehrung gewidmeten Tempeln, heiligen Orten und dem dazu gehörigen beweglichen Inventar aus den zur Versorgung der Priester und zur Bestreitung sonstiger Ausgaben bestimmten Ländereien. Es waren ihr aber noch außerdem manche Quellen des Einkommens geöffnet. Ob der

165) Diese Sicherheit, deren sich das Kirchengut erfreute, war die Veranlassung, warum man gern wertvolle Sachen und wichtige Urkunden in Tempeln deponierte (sacro commendatum Cic. de leg. II, 16). Übrigens konnten res religiosae und sacrae der Weihe entkleidet, res „profanae" werden. Böcking, Pandekten I § 69 Note 9 (Aufl. 2).

Zehnte, dessen sich die Kirche so vielfach zu erfreuen gehabt hat, und der auch für das römische Altertum bezeugt wird, eine obligatorische Einrichtung gewesen, steht dahin; es wird uns gemeldet, daß man in alter Zeit gewohnt gewesen sei, ihn zu geloben,[166] was aber offenbar später abgekommen sein muß, denn die spätere Tradition weiß nur von einzelnen Fällen zu berichten.[167] Dagegen gehörten der Kirche die Sukkumbenzgelder des Zivilprozesses, und bei schwereren Verbrechen ward das ganze Vermögen des Missetäters der erzürnten Gottheit zugewiesen.[167a] Verstöße gegen die religiöse Ordnung und Satzung (piacula) wurden durch piamenta, den Multen des Zivilrechts entsprechend, gesühnt.[167b] Eine freie, aber nach der Sitte des römischen Lebens höchst ergiebige Quelle bildeten die Gelübde (vota), durch welche man sich die Geneigheit und Unterstützung der Götter für Unternehmungen aller Art zu erkaufen pflegte. Für die den einzelnen Genossenschaften und Familien obliegenden Kulte hatten letztere selber die Auslagen zu bestreiten.

Doch das Religions- und Kirchenwesen als solches hat für

---

166) Bei Macrobius Sat. III, 12: Varro .. testatus, majores solitos decimam Herculi vovere. Varro de L. L. VI, 54 Herculi decuma. Festus: Decima quaeque veteres diis suis offerebant. So auch nach dem Zeugnis von Varro bei Macrob. Sat. I c. 7 bei den Pelasgern: decima praedae secundum responsum Apollini consecrata.

167) Macrob. III, 6 (Zehnte vom Handel) Liv. V, 21 (von der gesamten Kriegsbeute).

167a) So beim homo sacer (s. u.). Nach Isidor Orig. VI, 19, 82 (abgedruckt Note 183) und Serv. ad Virg. Aen. I., 632 sacrificia de bonis damnatorum ward der Nachlaß eines jeden Hingerichteten zur supplicatio der Götter verwandt. „De bonis execrandorum, fügt Servius hinzu, sacrae res fiebant."

167b) S. darüber Danz, Der sakrale Schutz S. 98 ff.; es werden hostiae majores und minores unterschieden; die „pecunia publica", wodurch der Vater des Horatius seinen Sohn expiieren sollte (Liv. I, 26), wird zum Ankauf der Opfertiere bestimmt gewesen sein. Von den Multen erhalten aber die Götter nicht selten Geschenke, z. B. Liv. X, 23, 33.

unsere Zwecke wenig Interesse,[168]) ungleich wichtiger ist es, uns zu überzeugen, wie das religiöse Element und das Fas das ganze Leben durchdrang. Wir beginnen mit dem Staat.

Der Staat mit seiner Ordnung ist durch einen religiösen Weiheakt unter den Schutz der Religion gestellt, gewissermaßen zu einem Gotteshaus gemacht, an dem man ohne Willen der Götter, die es bewohnen, nichts ändern darf. Wer gegen diese heilige Ordnung des Staats frevelt, versündigt sich daher auch gegen die Götter. Kein Teil dieses Gebäudes, das nicht einem besondern Gotte heilig wäre. Politische Verbindung ohne religiöse ist den Römern undenkbar, daher hat nicht bloß jede Gens, Kurie und Tribus ihre besondere Gottesverehrung, sondern wenn Rom mit andern Völkern eine dauernde politische Gemeinschaft eingehen will, so muß auch zwischen ihnen eine religiöse Gemeinschaft begründet werden. Aus diesem Grunde nimmt Rom die Götter aller Völker, die es mit sich vereinigt, in sich auf, wie es seinerseits letztere zum Jupiter Capitolinus als dem Schirmherrn des gesamten römischen Staates zuläßt. Die Götter sind Staatsgötter; ihr Gebiet kann nicht weiter reichen als das des Staats, aber notwendigerweise auch so weit als dieses, es erweitert und verengert sich in demselben Maße als letzteres. Politische Trennung des Volks hob demgemäß die ursprünglich nationale Einheit des Kultus auf,[169]) mit jedem Staat, der sich in mehrere

---

168) In der Darstellung der Rechtsgeschichte darf es freilich nicht übergangen werden, und mit Recht hat Walter, Röm. R.-G. 1 Kap. 18 (Aufl. 3) ihm eine genaue Beachtung geschenkt, worauf hier verwiesen werden mag.

169) Ich kann mir nicht versagen, aus den an trefflichen Aufschlüssen reichen „Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Bodens und Kultus" von Ambrosch, Heft 1. Bresl. 1839 eine hierher gehörige Bemerkung abdrucken zu lassen: „War auch, heißt es dort S. 178, Jupiter und Juno aus einer allen Lateinern gemeinsamen Anschauung hervorgegangen, so wurde doch diese Einheit der Anschauung zu einer vielfachen, als in Alba, Präneste, Gabii, Rom sich ein politisches Leben gestaltete; der Nationalgott wurde ein römischer, gabinischer usw., somit auch die religio Gabina für

auflöſte, ſpaltete ſich auch die Gottheit in ebenſo viele beſondere ſich fortan fremd gegenüberſtehende Götter. Politiſche und religiöſe Peregrinität deckten ſich wie umgekehrt politiſche und religiöſe Gemeinſchaft. Der Nichtbürger kann die Götter Roms nicht verehren, der Bürger muß es, durch Anbetung fremder Götter würde er ſeine ſtaatsbürgerlichen Pflichten verletzen.

Wer den Staat oder irgend eine politiſche Einheit repräſentiert, vertritt dieſelben auch den Göttern gegenüber, die Beamten ſind geborene Prieſter; die religiöſen Funktionen bilden fortwährend einen notwendigen Beſtandteil ihrer Amtstätigkeit. Die Kenntnis des Ritus mögen ſie ſich immerhin von Perſonen des geiſtlichen Standes ſuppeditieren laſſen, aber die religiöſe Handlung ſelbſt geht von ihnen aus, die Fähigkeit iſt ihnen durch das Staatsamt verliehen. Der König wie ſpäter der Konſul opfert und ſtellt die Auſpizien an in Rom wie im Felde.

Sich die Gunſt der Götter zu erhalten iſt die erſte Sorge des Staats,[170]) und mit Ängſtlichkeit wacht er ihres Dienſtes. Opfer, Feſte und Spiele reihen ſich eins ans andere, jede Untat, jedes Verſehn, das die Götter reizen könnte, wird geſühnt, jedes Zeichen und Wunder, aus dem ſich ihr Wille entnehmen läßt, beachtet, und wenn ſie dennoch zürnen, d. h. wenn Rom Unglück hat, ſo erſchöpfen ſich Prieſter und Zeichendeuter in Nachforſchungen, um den Grund zu ermitteln, und Volk, Senat und Beamte

---

Rom eine peregrina, kurz: die urſprünglich-nationale Einheit des Kultus durch die politiſche Sonderung des Volks aufgehoben, ſo daß, falls nun die Glieder der Nation ſich wieder im Lauf ihrer politiſchen Entwicklung begegneten, die Gemeinſchaft der Götter erſt nach einem völkerrechtlichen Vertrag eintreten konnte. Natürlich war dies Verhältnis der Peregrinität ein gegenſeitiges. Der Römer galt in Lanuvium vor dem letzten Frieden mit den Lateinern in bezug auf die sacra Lanuvina als Fremder wie der Lanuviner in Rom in bezug auf die sacra publica des römiſchen Volks."

170) Liv. XXXVIII, 48: civitas quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet. Cicero de nat. deor. II, 2: civitas, quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.

in Gelübden, Beschlüssen und wohlgefälligen Werken, um die Götter wieder geneigt zu machen. Bei jeder wichtigen Unternehmung versichert man sich zuerst durch Auspizien ihrer Zustimmung; Opfer und Gebet eröffnen die Verhandlungen, und je nach Art derselben sind im Fas die Tage bestimmt, an denen sie stattfinden können. Die unbedeutendsten religiösen Fragen haben bei der Tagesordnung stets den Vorrang vor den wichtigsten weltlichen.[171]) Auch zu weltlichem Tun versammelt man sich an heiliger Stätte; so dient den Kurien und dem Senat ein Tempel zum Versammlungsort, und die Beamten pflegen von einem Tempel aus die Konzionen zu halten.[172])

Aber das Fas enthält nicht bloß Vorschriften über die äußere Form der Geschäfte, sondern eine Menge materiell staatsrechtlicher Grundsätze.[173]) Wir haben bereits erwähnt, daß die älteste Verfassung religiös geweiht war, aber auch zur Zeit der Republik dauern die Beziehungen zwischen Religion und Staatsrecht fort. So z. B. war es gegen das Fas, daß der Diktator länger als 6 Monate im Amt blieb, so waren die leges sacratae mit Inbegriff der durch sie der Plebs zugestandenen Tribunen durch den Eid des ganzen Volks unter den Schutz der Religion gestellt, und jeder, der sie verletzte, für sacer erklärt. Hier leistete die Religion auch den Plebejern einmal den Dienst, ihre politischen Rechte zu schützen, während sie sonst umgekehrt gerade ihnen dadurch hinderlich ward, daß sie die Vorrechte der Patrizier unter ihren Schutz genommen hatte. Der Umstand, daß die älteste Verfassung durch und durch mit religiösen Elementen verwachsen war, gestaltete sie für die Patrizier zu einem mächtigen Bollwerk

171) Gell. XIV 7 § 9. de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.

172) Rubino a. a. O. S. 241.

173) Darum pflegte, wer einen Gesetzvorschlag zu machen hatte, die offenbar aus ältester Zeit stammende Klausel hinzuzufügen: si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogatur; s. über diese Klausel IV, 233 fl.

gegen die andrängenden Plebejer, denn Angriff und Verteidigung galt zugleich den Göttern, und religiöſe Ideen unterſtützten und adelten den politiſchen Widerſtand.

Jedes Staatsamt erforderte das eidliche Gelöbnis gewiſſenhafter Dienſtführung, und zwar innerhalb der erſten fünf Tage vom Moment ſeiner Übernahme an.[174]) Aber nicht bloß das eigentliche Amt — jede Pflicht, die jemand in öffentlichen Angelegenheiten übernimmt, iſt von dem Eide begleitet,[175]) und jede Verſicherung, die jemand vor der Behörde abzulegen hat, muß eidlich bekräftigt werden.[176]) Der Eid kehrt auch wieder im Völkerrecht. Der völkerrechtliche Vertrag wird ſtets beſchworen, mag

---

174) Fünf Tage alſo durfte der Magiſtrat *proviſoriſch* funktionieren, Liv. XXXI, 50 magistratum autem plus quinque dies, nisi qui jurasset in leges, non licebat gerere. Innerhalb 5 Tage wird wahrſcheinlich in der alten Verfaſſung der König die lex curiata de imperio haben beantragen müſſen, um in den Vollbeſitz ſeiner Gewalt zu gelangen; ſo erklärt ſich, daß man die interreges, welche ja dieſe volle Gewalt *nicht* haben *ſollten*, nur 5 Tage funktionieren ließ, ſie dokumentierten ſich eben dadurch als Scheinkönige. Dieſe Friſt iſt dann auf den Amtseid, wenn derſelbe (wie *Mommſen*, Röm. Staats-R. I 506 annimmt) erſt ſpäter eingeführt worden iſt, übertragen worden; auch letzteren hatten die Interreges nicht zu leiſten. Lex curiata de imperio und Amtseid waren die Kriterien des Definitivums im Gegenſatz zum Proviſorium. Auf die Analogie der fünftägigen Friſt beim jurare in leges und der Amtsdauer des einzelnen Interrex iſt bereits *Lange*, Röm. Altert. I. S. 608 (Aufl. 2) aufmerkſam geworden, ohne aber die obige Kombination daran zu knüpfen.

175) So ſchwört der Soldat bei der Aushebung den Dienſteid (sacramentum), dann den Lagereid, und die Soldaten untereinander, urſprünglich freiwillig, ſpäter nach Vorſchrift den Eid, nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewiſſen Gründen verlaſſen zu wollen uſw. Gell. XVI, 4 § 2, Liv. II, 45. Daß die Richter zu ſchwören hatten, wird nicht erſt der Bemerkung bedürfen.

176) So die Angaben beim Zenſus, Liv. 43, 14; ferner über die Wirklichkeit der ehelichen Abſicht bei kinderloſer Ehe: das solemne juramentum de uxoribus Gell. IV, 20 § 3 (IV, 260, 268). Selbſt öffentliche Perſonen, welche an der Glaubwürdigkeit ihrer Zuſicherungen oder Drohungen keinen Zweifel aufkommen laſſen wollten, pflegten einen öffentlichen Eid abzulegen.

derselbe einseitig und unter Vorbehalt der Genehmigung des Volks vom Feldherrn abgeschlossen werden (die sponsio) oder im Namen und im Auftrage des Volks von den Fetialen (das foedus).[177] Gerade für das Völkerrecht, das den Gedanken des Rechts zu allen Zeiten am mühsamsten realisiert, war die Unterstützung von seiten der Religion am unentbehrlichsten. Die beiderseitigen Götter überwachten die beschworenen Verträge, und darum wurden auch die Urkunden derselben im Tempel des kapitolinischen Jupiter, diesem religiösen Zentralpunkt des gesamten Staates, aufbewahrt.[178] Erhebung eines Krieges gegen das Volk, mit dem früher ein solcher Vertrag abgeschlossen, war daher eine religiöse Frage und erforderte zunächst einen religiös-völkerrechtlichen Prozeß gegen das wortbrüchige Volk und sodann den Ausspruch, daß der Krieg ein purum piumque bellum sei. (Liv. I, 32.)

Derjenige Theil des Rechts, an dem der Einfluß der Religion bei allen Völkern auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung in ganz besonders hohem Grade sich äußert, ist das Strafrecht. So auch im römischen Recht. Die beiden Grundbegriffe des Strafrechts, das Verbrechen und die Strafe, erscheinen der ältesten Zeit im Lichte der religiösen Auffassung, und zwar das Verbrechen als Vergehen gegen die Gottheit, die Strafe als Sühnemittel. Wenn wir uns bei diesem Punkt etwas verweilen, so wird dies darin seine Rechtfertigung finden, daß es sich hier nicht um vereinzelte Spuren des religiösen Prinzips handelt, sondern um eine Fundamentalanschauung, einen neuen Ausgangspunkt des gesamten Strafrechts (den andern s. oben S. 212).

Nicht jedes Unrecht oder Vergehen, das die Rache des einzelnen oder des Volks heraufbeschwor oder die Strafgewalt des

177) Liv. I, 24. Beruhte der Name des pater patratus, der den Eid ableistete, vielleicht auf der Idee, daß er das römische Volk nach außen hin ebenso vertrete, wie der Vater seine Kinder? Die völkerrechtliche noxae deditio wäre dadurch mit der privatrechtlichen von seiten des Vaters auf denselben Gesichtspunkt zurückgeführt.

178) Hartung, Relig. der Römer Bd. 2 S. 11.

Königs in Tätigkeit versetzte, erschien als ein Frevel gegen die Götter. Der Dieb, der Räuber hatten sich bloß gegen Menschen vergangen, und Menschen forderten Strafe von ihnen, die Götter mischten sich nicht hinein. Andere Vergehungen dagegen berührten auch sie, sei es sie und die Menschen gemeinsam oder sie allein. Rücksichtlich der letzteren hatte die Gemeinde nur die Pflicht, dafür zu sorgen, daß die Götter wieder versöhnt und zufrieden gestellt würden, damit nicht sie selber ihren Zorn auf sich lüde (ut religione civitas solvatur, Cic. pro Caec. 34). Die Ausführung geschah durch das geistliche Gericht, die pontifices; je nach dem Gewicht des Versehens oder Vergehens durch bloße Sühne (expiatio), welche insbesondere im Fall der Unachtsamkeit eintrat (si imprudens erraverit), oder durch Strafe, die sich wie bei den vestalischen Jungfrauen bis zur Lebensstrafe steigern konnte. Jeder, der sich nicht selber gegen die Götter vergehen wollte, hatte mit dem Schuldigen bis zu seiner geschehenen Entsühnung die religiöse Gemeinschaft abzubrechen; letzterer war unrein, hatte zum Gottesdienst keinen Zutritt. Zur Klasse dieser rein religiösen Vergehen gehörte unter anderen der Meineid. Die bürgerliche Rechtsordnung war durch den Meineidigen nicht verletzt, und die Gemeinde hatte keinen Anlaß und kein Recht, ihn zu strafen. Aber um so schwerer traf denselben der göttliche Zorn. Der Zustand der Impietät, in den er ihn versetzte, enthielt die dauernde Ausstoßung aus der religiösen Gemeinschaft, er war und blieb „exsecratus", insofern nicht aus besondern Gründen ein Beschluß des gesamten Volks, das damit die Verantwortlichkeit auf sich nahm, es der geistlichen Behörde ermöglichte, ihn wieder darin aufzunehmen (resecrare).[179])

Indem wir diese rein religiösen Vergehen und Verstöße, welche für das Recht kein Interesse haben, hier übergehen, wenden wir uns den eigentlichen Verbrechen zu. Soweit wir erkennen können,

---

179) Das Weitere dieser von Danz, Der sakrale Schutz (Kapitel I) entwickelten Ansicht s. daselbst.

lag ihnen sämtlich die Idee zugrunde, daß mit der menschlichen Ordnung zugleich die göttliche angetastet worden sei, und die an dem Verbrecher zu vollziehende Strafe beides an ihm zu rächen habe. Die erzürnten Götter müssen versöhnt werden, sonst übertragen sie ihren Groll auf das ganze Gemeinwesen, denn die Gemeinde haftet wie fremden Völkern, so auch den Göttern für Vergehungen ihrer Mitglieder; sagt sie sich nicht los von ihnen (völkerrechtlich durch deditio [S. 215], religiös durch aquae et ignis interdictio, s. u.), so macht sie das Unrecht zu dem ihrigen.[180]) Indem sie den Verbrecher, der sich durch seine Tat verunreinigt hat, straft, reinigt sie ihn und sich selber.[181]) Dies die Auffassung der ältesten Zeit über Verbrechen und Strafe, wie sie noch aus manchen Spuren deutlich hervorschimmert. Poena, worin man wie im griechischen ποινή zunächst das Sühnegeld erblicken will,[181a]) weist etymologisch auf die Idee der Reinheit hin,[181b]) ebenso castigatio (castum agere): der incastus, incestus, der Schmutzige wird dadurch gereinigt, und luere, büßen, namentlich auch in Verbindung poenas luere, ist lavere, lavare,

---

180) Darum pflegten Schwörende, wenn sie für den Fall der Eidbrüchigkeit die Strafe des Himmels auf sich herabbeschworen, einen Vorbehalt zugunsten des Gemeinwesens hinzuzufügen. Festus sub voce lapidem ... „si sciens fallo, tum me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat" etc.

181) Die Idee der Verunreinigung und Reinigung, die in den orientalischen Religionen eine so große Rolle spielt, übte auch in Rom einen bedeutenden Einfluß aus, ich erinnere an die censualis lustratio des Volks, die Reinigung der Kinder (Fest. sub lustrici), und der Familie des Verstorbenen (Fest. sub denicales).

181a) Rubino a. a. O. S. 460: wer sie erleidet, gibt sie (dat, solvit, pendit), wer sie zufügen will, fordert sie ein (petit, expetit, exigit), wer sie vollzieht, nimmt sie an (sumit, capit, habet poenas). Rein, Kriminalrecht der Römer S. 284 will poena nur von der Privatgenugtuung verstehen.

181b) Pott, Etymol. Untersuch. I S. 252. Damit hängen zusammen: pu-rus, πῦρ (das reinigende), pu-tus, pu-teus, pu-nire.

waschen.[182]) Supplicium, die Todesstrafe, führt etymologisch auf Besänftigung der Götter zurück (sub-placare, supplex). Dieselbe religiöse Beziehung tritt auch in den Strafen selber hervor. Man hat, was die Todesstrafe im allgemeinen anbetrifft, auf die beim supplicium üblichen supplicationes verwiesen (der Nachlaß der Hingerichteten, so wird uns berichtet,[183]) sei verwandt, um die Götter zu besänftigen), hinsichtlich der Vollziehung der Todesstrafe durch Erhenkung auf den den unterirdischen Göttern gewidmeten arbor infelix, hinsichtlich der Enthauptung auf die Verhüllung des Hauptes, die Analogie des Opferbeiles[184]) und hat auch die Menschenopfer der Urzeit[185]) damit in Verbindung gebracht. Lehrreich für diese Frage ist auch der bekannte Fall des Horatius. Ut caedes manifesta, sagt Livius (I 26), aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, ut filium expiaret pecunia publica. Hätte den Mörder also die eigentlich verdiente Todesstrafe getroffen, so würde es dieser Entsühnung nicht bedurft haben. Die religiöse Beziehung der Vermögensstrafen oder richtiger der Einziehung des ganzen Vermögens — denn eine religiöse Geldstrafe kommt meines Wissens nicht vor — erhellt aus dem Namen consecratio bonorum. Das weltliche Gegenstück derselben ist die publicatio bonorum. In demselben Maße als die religiöse Auffassung des Kriminalrechts einer profanen Platz machte, verlor die Konsekration an Terrain, und der Staat übte, wo kein religiöses Bedenken entgegen stand, die Vermögensentziehung im eigenen Interesse aus,[186]) wie er ja gleichfalls in

182) In diesem ursprünglichen Sinn hat sich luere noch in lustrum, lustratio, lustricus usw. erhalten.

183) Isid. Orig. VI, 19, 82: supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicia. Serv. ad Aen. I, 632.

184) Statt anderer nenne ich E. Platner, de jure criminum Rom. p. 35 sq.

185) Niebuhr, Röm. Gesch. B. I S. 557. Rein, Röm. Kriminalrecht S. 34.

186) z. B. bei den Dezemvirn, Liv. III, 58: bona publicata sunt.

ſpäterer Zeit ſich auch das sacramentum aus Zivilprozeſſen aneignete. Auch die Sazertät und die aquae et ignis interdictio, möge man ſie nun mit der herrſchenden Meinung als eigentliche Strafen umfaſſen oder die Anſicht, die ich im folgenden über ſie entwickeln werde, teilen, beſtätigen wie wenige andere Spuren die oben ausgeſprochene Anſicht über die urſprüngliche Auffaſſung des Verbrechens.

Die Sazertät, der Zuſtand des homo sacer, war die religiöſe und weltliche Acht. Der Rache der Gottheit, die er durch ſeine Untat verletzt hatte, verfallen (sacer)[186a] und darum von jeglicher menſchlichen Gemeinſchaft ausgeſchloſſen, ſeines Vermögens zu ihren Gunſten beraubt, durfte der Schuldige von jedem, der Luſt hatte, erſchlagen werden. War die Sazertät eine Strafe? Meiner Anſicht nach nicht. Zwar wenn man unter Strafe bloß das an die Begehung eines Verbrechens ſich knüpfende Übel verſteht, ſo war die Sazertät gewiß die ſchwerſte Strafe, die ſich überhaupt denken läßt, denn es gab kein Übel, das ſie nicht in ſich ſchloß; ſie war in der Tat die tiefſte Tiefe der kriminaliſtiſchen Verfolgung und Erniedrigung des Menſchen. Auch der Feind war rechtlos, aber was beim homo sacer noch hinzukam, war das pſychologiſche Moment: die Gewißheit vor Göttern und Menſchen ein Greuel, ein Gegenſtand der allgemeinen Verwünſchungen und des Abſcheus zu ſein, wie ein verpeſteter aus der Gemeinſchaft der Menſchen hinausgeſtoßen zu ſein zu den Tieren des Feldes, geflohen und gemieden von jedermann, der es nicht etwa für ein gutes Werk hielt, ihn aus der Welt zu ſchaffen, kurz das Gefühl des auf ihm laſtenden Fluchs und das Brandmal des Geächteten, das ſeine Lage erſt zu dem machte, was ſie war. Die Strafe war ihrer oben nachgewieſenen urſprünglichen Idee zufolge kein bloßes Übel, ſondern ſie hatte die Beſtimmung, den Verbrecher zu reinigen, ihn mit Göttern und Menſchen wiederum zu

---

186a) Nicht den Göttern ſchlechthin, wenigſtens werden regelmäßig beſtimmte Gottheiten genannt.

versöhnen. Aber die Sazertät, und wenn sie auch ein ganzes langes Leben hindurch dauerte, kam nie zu einem solchen versöhnenden Abschluß, der Mann starb wie er gelebt hatte, als homo sacer, unversöhnt mit Gott und Menschen; das Schwert der Gerechtigkeit wäre mit seinem Blut besudelt worden, er stand außerhalb des Rechts, in dem Maße, daß nicht einmal die Strafgewalt sich weiter mit ihm abgab. Die Sazertät läßt sich daher meines Erachtens nicht anders definieren als der Zustand des ruchlosen, jeder Aussicht auf Wiederaufnahme in die menschliche und religiöse Gemeinschaft beraubten Missetäters.

Ich habe in der ersten Auflage dieses Werkes angenommen, daß die Sazertät die Folge eines jeden Verbrechens gewesen, das als eine Verletzung der Götter angesehen worden sei. Aus dem bisherigen ergibt sich, daß ich diese Ansicht zurücknehme; jedes Verbrechen verletzte die Götter, ohne daß darum schon der Verbrecher 'als sacer gegolten hätte. Die Sazertät ist uns nur bei gewissen Verbrechen bezeugt: bei der tätlichen Mißhandlung der Eltern durch die Kinder, dem Verrat des Patrons an seinem Klienten, dem Auspflügen der Grenzsteine.[186b]) Wenn spätere Berichterstatter diese Fälle auf Gesetze der Könige zurückführen.[187]) so weiß man, was dies sagen will, es ist eine Form zur Bezeichnung uralten Gewohnheitsrechts. Die Republik fügte in den leges sacratae noch einige Fälle hinzu; hier ward die Sazertät rein als Mittel zu politischen Zwecken gebraucht, nämlich um durch ihre Androhung die den Plebejern eingeräumten Konzessionen gegen Verletzung sicher zu stellen.[187a])

186b) Auch der sagenhafte Fall der Überspringung der Stadtmauer von seiten des Remus und der daran sich reihenden Erschlagung desselben durch seinen Bruder läßt sich unter diesen Gesichtspunkt bringen; s. S. 286.

187) Das Quellenmaterial bei Dion. II, 10, 74. Serv. ad Aen. VI, 609. Fest. sub. termino plorare.

187a) Festus: Sacratae leges sunt, quibus sanctum est: qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.

Dieſe jüngſte Geſtalt des Verhältniſſes, in der die Sazertät ſich als eine von der Geſetzgebung angedrohte Strafe darſtellt, darf uns über die urſprüngliche Natur derſelben nicht täuſchen. Die Sazertät mochte, nachdem ſie einmal da war, von der Geſetzgebung benutzt werden, aber ſie iſt ebenſowenig wie die Infamie, bei der ein Gleiches ſtattfand, von ihr eingeführt. Inſtitute wie die Sazertät und die Infamie denkt ſich kein Geſetzgeber aus, oder wenn er es verſucht, wie bei der Strafe der Entziehung der Nationalkokarde, macht er damit glänzendes Fiasko. Solche Inſtitute gehen nur aus dem Volke ſelbſt hervor, denn ſie enthalten den unmittelbaren Ausdruck des Sittlichkeitsgefühls des Volks, ein Verdammungsurteil, geſprochen und vollzogen vom Volke ſelber. Die Staatsgewalt hat es in ihrer Hand, die härteſten Strafen feſtzuſetzen, aber was ſie nicht vermag, iſt dem Volk vorſchreiben, wie es über den ſittlichen Charakter einer Handlung denken ſoll.

Der ganze Zuſchnitt der Sazertät weiſt darauf hin, daß ſie nicht auf dem Boden eines geordneten Rechtszuſtandes gewachſen iſt, ſondern in die Periode des vorſtaatlichen Lebens hinaufreicht. Sie iſt ein Stück aus der Urzeit der indogermaniſchen Völker. Ich will dahingeſtellt ſein laſſen, ob das griechiſche ἐναγής[187b]) hierher zu beziehen ſei, aber das altgermaniſche und altnordiſche Altertum bietet uns in dem Friedloſen und Waldgänger (dem wargus, vargr, dem Wolf, auch mit religiöſer Betonung: Wolf im Heiligtum vargr i veum)[188]) den unzweifelhaften Bruder des römiſchen homo sacer. Gerade dieſe, meines Wiſſens bisher nicht benutzte hiſtoriſche Parallele iſt für die richtige Auffaſſung der römiſchen Sazertät von unſchätzbarem Wert. Es iſt, ſoviel ich weiß, die allgemein herrſchende Anſicht,[188a]) daß die Sazertät

187b) Schneider, Griech.-deutſch. Lexikon: „ein durch Verbrechen verunreinigter, verwünſchter, abſcheulicher Menſch; ἐναγὴς ἔστω τοῦ Ἀπόλλωνος Aesch. or. Für sacer, jure jurando obstrictus.“

188) Wilda, Strafrecht der Germanen B. 1 S. 278, 280.

188a) Die frühere Literatur bei Rein, Röm. Kriminalrecht S. 32. Von

keine unmittelbare Folge des Verbrechens gewesen, sondern daß es erst einer Verurteilung oder wenigstens der Konstatierung des Faktums bedurft habe. Da der Widerspruch, den ich dieser Ansicht in der ersten Auflage entgegengesetzt habe, unbeachtet vorübergegangen ist, so sehe ich mich in Anbetracht, daß es sich hier um einen Kardinalpunkt handelt, genötigt, denselben eingehender, als es damals geschehen ist, zu begründen, und zu dem Zweck leistet mir eben jene Parallele einen wichtigen Dienst.

Dieselbe beweist nämlich, daß das, was man für das römische Altertum als eine Unmöglichkeit betrachtet, die Erschlagung des Geächteten ohne Urteil und Recht, für das germanische Altertum eine zweifellose Wirklichkeit gewesen ist. Nach dem Recht der Graugans durfte in Island der auf frischer Tat ertappte und dadurch der Friedlosigkeit verfallene Verbrecher ohne weiteres erschlagen werden, ebenso nach altnorwegischem Recht, wer jemanden beim Ding getötet hatte,[188b]) und selbst nach der Tat verstattete die Graugans dem Verletzten sowohl wie seinen Genossen und unter Umständen allen, die von der Tat genaue Kunde hatten, diese Tötung.[188c]) Aber welche Sicherheit bestand, daß nicht ein Unschuldiger auf den Vorwand der Friedlosigkeit hin erschlagen werden konnte? Der Täter mußte hinterher dartun, „daß er einen Mann erschlagen, der den Frieden verwirkt

---

spätern nenne ich Marquardt, in Beckers Handbuch der Röm. Altert. IV S. 229 und Mommsen, Röm. Gesch. Aufl. 4 Bd. 1 S. 178: „Nicht als wäre der also Verwünschte (sacer) vogelfrei gewesen; eine solche aller bürgerlichen Ordnung zuwiderlaufende Acht ist nur ausnahmsweise als Schärfung des religiösen Bannfluchs in Rom während des ständischen Haders vorgekommen."

188b) Wilda a. a. O. S. 283 und S. 285.

188c) Wilda, S. 307, 308. Auch das sächsische Landrecht verstattete gegen einen auf der Tat ergriffenen Missetäter das sog. Lynchen, d. h. die Landleute durften sich als Gericht konstituieren, das Urteil fällen und es sofort exekutieren. Wilda, S. 133, 294.

hatte, welches nun noch öffentlich anerkannt und der Tote sodann aus dem Frieden gekündigt wurde".[188d])

War, was jahrhundertelang im altgermanischen Recht bestand, im alten Rom minder möglich?[189]) Durfte der nächtliche Dieb sofort auf der Tat erschlagen werden, warum nicht der Sohn, der gegen den Vater seine Hand erhoben? Wozu noch erst ein Konstatierungsverfahren — eine Erfindung, mit welcher Marquardt den römischen Kriminalprozeß beschenkt hat —, wenn die Tat vor aller Augen geschehen, der Tribun z. B. öffentlich mißhandelt worden war? Für eine solche Annahme bietet das ältere Recht auch nicht den dürftigsten Anhaltspunkt; wo die Tatsache klar und unzweifelhaft vorliegt, verlangt dasselbe keine weitere Prozedur mehr (S. 123). Wo es sich um die bloße Konstatierung zweifelhafter Tatsachen handelt, wählt das ältere Recht bekanntlich die Form der sponsio praejudicialis vor dem Einzelrichter — von einer andern Form wissen wir nichts. Man denke sich nun diese Form in ihrer Anwendung auf den zuletzt genannten Fall, und füge noch die zweite Maßregel, die der genannte Schriftsteller für nötig erachtet, nämlich die Konsekration des Schuldigen durch den Pontifex Maximus hinzu,[189a]) um sich selber die Frage zu beantworten, ob auch der harmloseste und gläubigste Plebejer auf eine so verklausulierte, von einem patrizischen Richter und patrizischen Pontifex gehandhabte Unverletzlichkeit seiner Tribunen den

---

188d) Wilda, S. 308.

189) Um es selbst an einem Beispiel aus dem 19. Jahrhundert nicht fehlen zu lassen, so verweise ich auf das Gesetzbuch Daniel I von Montenegro, Wien 1855, das in § 13 jeden Montenegriner ohne Unterschied ermächtigt, „einen solchen Vaterlandsverräter und Missetäter zu töten, sobald er vernimmt, daß derselbe ein Verräter sei, und daß ihn unsere Landesbehörde verfolge."

189a) a. a. O. S. 229: „Dem Pontifex Maximus, der die Tribunen in seinen Schutz nahm (indem er sie nämlich als eine unter den Schutz der Götter gestellte potestas in comitiis renunziierte), mußte auch die Aufrechterhaltung dieses Schutzes zukommen." Die Plebejer werden für das Zwingende dieses Schlusses schwerlich viel Verständnis gehabt haben.

geringsten Wert gelegt haben würde. Den Glauben an die Unparteilichkeit ihrer Justiz hatten die Patrizier den Plebejern gründlich verleidet! Wer hätte den Pontifex Maximus zwingen sollen, wenn er die Konsekration des Schuldigen von einem Monat zum andern hinausschob? Und welche Hilfe hätte es gegen den Ausspruch des Richters gegeben, der mit bekannter patrizischer Dreistigkeit die offenbare Tatsache für nicht bewiesen erklärte, oder, wenn es eine Volksversammlung zum Zweck der Konstatierung solcher Fakta gegeben haben soll, wer hätte den Magistrat zwingen sollen, sie zu berufen? Kurz, diese ganze Ansicht leidet in bezug auf die leges sacratae an so handgreiflicher innerer Unmöglichkeit, daß die Plebejer hätten Kinder sein müssen, um sich mit einer solchen Unverletzlichkeit ihrer Tribunen abspeisen zu lassen. Gerade darauf, daß es keiner Weitläufigkeit und keiner Mitwirkung der Patrizier bedurfte, um einen aus ihrer Mitte, der sich gegen die Grundrechte der Plebs vergangen, niederzuschlagen, gerade darauf beruhte der Wert der leges sacratae.[189b])

Fassen wir jetzt die positiven Zeugnisse für die eine und andere Ansicht ins Auge, so bezeugt Dio Cassius (53, 17) ausdrücklich, daß man den homo sacer ohne Urteil und Recht (ἄκριτον) habe umbringen dürfen, während Dionysius (II, 10) sich die Sache anders zu denken scheint.[190]) Den sichersten Anhaltspunkt besitzen

---

189b) Dies ist von Mommsen (Note 188a), wie nicht anders zu erwarten, auch richtig erkannt.

190) Das ἐξελεγχθείη kann die bloße Notorietät bedeuten, dagegen scheint das ἁλόντα auf ein rechtliches Verfahren hinzudeuten. Wie Marquardt die Stelle von Festus sub sacer mons, auf die er sich beruft: at homo sacer est is, quem populus judicavit ob maleficium, mit seiner Ansicht, welche eine eigentliche Urteilsfällung von seiten des Volks ausdrücklich ausschließt, vereinigen will, ist mir unklar. Diejenigen, welche das judicare hier im eigentlichen Sinn nehmen wollen, wie z. B. Danz, Der sakrale Schatz S. 51, scheinen nicht zu bedenken, daß sie damit schlechthin, also auch schon für die Königszeit, dem Volk die Strafgerichtsbarkeit beilegen. Mit meiner Ansicht, der zufolge die Sazertät in der Tat eine Art Lynchjustiz war, verträgt sich der Ausdruck populus judicavit sehr wohl. So

wir in der gesetzlichen Androhungsformel der Sazertät. In allen angeblichen oder wirklichen Gesetzen, welche die spätern Referenten uns mitteilen, lautet dieselbe auf unmittelbaren Eintritt der Sazertät infolge des Verbrechens: si fecerit, sacer esto, oder leges eum, qui fecerit, sacrum esse jubent.[190a]) Der Jurist weiß, was dies sagen will, aber für den Philologen, der das Gewicht dieses auf die übereinstimmende Sprachweise der sämtlichen römischen Gesetze und Juristen gebauten Arguments unterschätzen könnte, wird es nicht überflüssig sein, dasselbe durch ein schlagendes Beispiel ins richtige Licht zu setzen. Ich entnehme es der mit der Sazertät in gewissem Sinn so nahe verwandten Infamie. Das prätorische Edikt knüpfte den Eintritt derselben teils an die bloße Begehung einer Handlung, teils an die gerichtliche Verurteilung auf Grund derselben. Dort hieß es: qui fecerit, hier: qui condemnatus, judicatus fuerit, infamia notatur, dort also trat sie ohne, hier erst infolge des Richterspruchs ein. Ob die Tat wirklich vorgenommen, konnte in jenem Fall ebenso zweifelhaft sein wie bei der Sazertät, und es war möglich, daß die Frage Gegenstand richterlicher Untersuchung ward. Aber wenn der Richter die Frage bejahte, trat die Infamie so wenig wie die Sazertät erst mit dem Richterspruch ein, sondern letzterer erkannte nur an, was längst vorhanden gewesen war (daher „qui eo plebiscito sacer sit" Note 190a): m. a. W. derselbe hatte keine konstitutive, sondern deklarative Wirkung.

In einigen der leges sacratae war noch die Klausel hinzugefügt: si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit,

---

erklärt es sich, daß Festus populus statt comitia und judicare statt condemnare gebraucht.

190a) So in den angeblichen königlichen Gesetzen: 1. Serv. ad Virg. Aen. VI, 609 (patronus); 2. und 3. Fest. plorare (nurus; puer); 4. Fest. aliuta; 5. Fest. termino. Ebenso in den leges sacratae der Republik, Fest. sacratae leges und sacer mons (qui eo plebiscito sacer sit). Liv. II, 33, III, 55 f. auch X, 38.

parricida ne sit[190b]) oder qui creasset, eum jus fasque esset occidi nove ce caedes capitalis noxae haberetur,[190c]) eine unbegreifliche Klausel, wenn man annimmt, es habe das Volk noch erst in jedem einzelnen Fall den Schuldigen für vogelfrei erklärt, denn daß jemand, der infolge der darin liegenden Ermächtigung den Missetäter erschlagen hatte, nicht wegen Mordes prozessiert werden konnte, verstand sich doch wohl von selbst. Sinn hatte diese Formel nur unter der Voraussetzung, daß es jedem freistand, ohne Urteil und Recht den Übeltäter aus dem Wege zu räumen.

Aber, wird man mir einwenden, welche furchtbare Gefahr ward damit über das Haupt eines jeden heraufbeschworen, der in Verdacht kam, eine mit der Sazertät belegte Handlung verübt zu haben. Ich habe darauf schon oben (S. 282) in bezug auf den Friedlosen des germanischen Rechts geantwortet. Um den Preis seines eignen Kopfes kann man auch heutzutage einen andern umbringen, und diesen Preis setzte auch in Rom wie im germanischen Altertum jeder ein, der einen vermeintlichen homo sacer oder Friedlosen tötete. Vermochte er in der gegen ihn daraufhin anhängig gemachten Anklage wegen Mordes den Beweis der Schuld des Erschlagenen nicht zu erbringen, so haftete er mit seinem eigenen Kopfe; erbrachte er ihn, so ging er frei aus. Nach der von mir bekämpften Ansicht hätte er auch in letzterem Fall verurteilt und hingerichtet werden müssen, denn er hatte einen Menschen getötet, der noch nicht homo sacer war. Dies Los hätte z. B. auch den treffen müssen, der einen Vater gegen die Mißhandlungen seines Sohnes geschützt und letzteren dabei erschlagen hatte — eine Justiz, für die ein alter Römer schwerlich das erforderliche Verständnis gehabt haben würde.

Zu den bisherigen historischen Zeugnissen für die von mir vertretene Ansicht gesellt die römische Mythe in dem Brudermord des Romulus noch ein neues hinzu. Remus sprang im Hohn über

---

190b) Fest. Lege prima tribunitia cavetur: si quis usw.

190c) In der Lex Valeria Horatio Liv. III, 55.

die von seinem Bruder gezogene Mauer, und Romulus erschlug ihn auf der Tat. Warum? Gleich den Grenzen der Felder standen auch die der Stadt unter göttlichem Schutz;[191] wer sie verletzte, ward homo sacer, und indem die Sage[191a] den ersten homo sacer in Rom durch Bruderhand umkommen ließ, war ihre Meinung nicht die, einen Flecken zu werfen auf den Helden, der Rom gegründet hatte, sondern ihn umgekehrt dadurch zu verherrlichen, daß er selbst des eigenen Bruders nicht geschont habe, wo es galt, die göttliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Romulus, der den Bruder tötet, ist das Seitenstück zu Brutus, der seine Kinder hinrichten läßt — das Recht geht in Rom vor Bruder- und Vaterliebe. Nach der entgegengesetzten Ansicht wäre Romulus ein Mörder gewesen, er hätte seinen Bruder, bevor er ihn erschlug, erst zum homo sacer erklären lassen müssen!

Eine ganz ähnliche Bewandtnis wie mit der Sazertät hatte es mit der Verbannung. Auch sie war, obschon ein schweres Übel, noch keine Strafe,[191b] sondern ein Mittel sich der Strafe zu entziehen, das die Römer dem Angeklagten bekanntlich bis zu seiner Verurteilung offen ließen. Um die Gemeinde den Göttern gegenüber von jeder Verantwortlichkeit zu befreien, bedurfte es eines Beschlusses von ihrer Seite, wodurch sie sich von jeder Gemeinschaft mit dem Verbrecher lossagte. Dies war die aquae et ignis

---

191) Das Nähere bei Schwegler, Röm. Gesch. I S. 389. Note 15.

191a) Schwegler a. a. O. S. 438 rechnet nämlich mit Recht auch sie zu den ätiologischen Mythen. „Sie war, wie die Sage vom Raube der Sabinerinnen, eine mythische Begründung eines Bestehenden, nämlich des uralten Rechtsgrundsatzes, daß auf Verletzung der geweihten Stadtmauern der Tod stehe. Diese Satzung, die Heiligkeit der Stadtmauern und die Strafbarkeit ihrer Verletzung konnte nicht schärfer ausgesprochen und nachdrücklicher betont werden, als wenn erzählt wurde, der Gründer der Stadt habe ob solcher Verletzung seinen eigenen Bruder erschlagen, zum Wahrzeichen für alle Folgezeit."

191b) (212) Cic. pro Caec. c. 34. Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt etc.

interdictio. Dieselbe war keine bloß politische Verbannung, sondern sie hatte eine religiöse Beziehung, es betätigte sich in ihr die Sorge für die Erhaltung der Reinheit der Gemeinschaft durch Säuberung derselben von unreinen Elementen. Denn Feuer[192]) und Wasser sind die Symbole der Reinheit, und bei keinem Akt, der eine religiöse Gemeinschaft darstellen oder begründen soll, z. B. dem Opfer, das Gott und Menschen einigt, der Eingehung der Ehe, eines Bündnisses usw. dürfen sie fehlen.[192a]) Nicht also als zum Leben unentbehrliche Elemente, wie man gewöhnlich sagt, werden sie dem flüchtigen Verbrecher daheim verweigert, sondern mit ihnen als den Symbolen einer reinen Gemeinschaft, die der Verbrecher durch ferneren Gebrauch verunreinigen würde, wird ihm die Teilnahme an der Gemeinschaft entzogen.

Indem wir nunmehr die Religion mit ihrer Einwirkung auf das Strafrecht verlassen, gedenken wir schließlich noch des mildernden Einflusses, mit dem sie bei mancherlei Anlässen der Strenge der Strafe entgegentrat. Die römischen Götter, mit der einen Hand die Beleidigungen rächend, die ihnen widerfahren, streckten schützend die andere über die Verfolgten und Schutzlosen aus. Es gab heilige Orte und Zeiten, an denen Verfolgung und Strafe ruhte. Vor dem Zorn des Hausherrn flohen die Untergebenen zum Hausaltar, vor der Rache des Verletzten der Schuldige zum Tempel oder zum Asyl. An die Idee des Asyls knüpft Roms Entstehung an, und obschon hier das Asyl als Mittel zu politischen Zwecken erscheint, so ist es doch die Religion, die dasselbe unantastbar macht.[193]) An den Lektisternien, wo Haß

---

192) (201) So erklärt sich das Zusammentreffen von πῦρ und Feuer mit purus, rein, exfir, Reinigungsmittel (Festus h. v.), februare, reinigen.

192a) (202) S. Hartung, Religion der Römer Tl. 1 S. 198 flg. Pellegrino, Andeutung über den ursprünglichen Religionsunterschied der Patrizier und Plebejer S. 27 flg. Serv. ad Virg. Aen. IV, 103: aqua et igne adhibitus XII, 119: Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur. Festus sub voc. facem und aqua.

193) (213) Hartung, Relig. der Römer B. 2 S. 57.

und Zank ruhte, nahm man den Gefangenen die Fesseln ab und hielt es für eine Gewissenssache, sie nachher wieder anzulegen.[193a]) An den Saturnalien, dem Feste des Gottes, der Segen und Wohlleben spendete, ließ man auch Sklaven und Verbrecher an der allgemeinen Freude teilnehmen. Jene kosteten vorübergehend das Glück der Freiheit, diese entließ man dauernd ihren Ketten, die sie dem Gotte zu bringen pflegten, der sie davon befreit hatte.[193b]) Wenn der Priester des Jupiter (flamen dialis) ein Haus betrat, in dem sich ein Gefesselter befand, so gebot das Fas, ihm seine Banden abzunehmen und sie über das Dach aus dem Hause zu schaffen. Wenn jemand, der zur Geißelung abgeführt ward, ihm begegnete und ihm zu Füßen fiel, so mußte die Exekution aufgeschoben werden.[194]) So durchbrach die Religion gewiß noch in manchen Fällen die strenge Ordnung des Rechts und des bürgerlichen Lebens, und auch in die kalte römische Rechtswelt fällt, zurückgestrahlt von dem Bilde der Götter, der warme Sonnenblick eines menschlichen Gefühls.

Das Privatrecht und der Zivilprozeß, dem wir uns nunmehr zuwenden, war seiner Natur nach den Einwirkungen der Religion ungleich weniger zugänglich als das öffentliche und das Strafrecht. Denn abgesehen von der Familie tragen die Verhältnisse des Privatrechts einen durchaus prosaischen und profanen Charakter an sich. Die Fragen von Mein und Dein, von Eigentum und Schuldforderungen haben mit den Göttern an sich nichts zu schaffen, und nur mittelbar, soweit auf dem Vermögen die Last der sacra ruhte, übte das religiöse Interesse auf das

---

193a) (214) Liv. V, 13 .... jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse, quibus eam opem Dii tulissent, vinciri.

193b) (215) Hartung a. a. O. II. S. 125. 126.

194) (216) Gell. X, 15.

Vermögensrecht eine Rückwirkung aus.[194a]) Durch den Eid konnten allerdings auch diese Verhältnisse eine religiöse Beziehung erhalten und dadurch an das geistliche Gericht gebracht werden (§ 18a).

So verbleibt uns also im wesentlichen nur die Familie und das Haus. Das religiöse Leben im Innern des Hauses zu schildern, wie es sich in der Sitte und den Vorschriften der Religion gemäß gestaltete, gehört nicht zu unserer Aufgabe. Wir verzichten darauf, zu zeigen, wie der Gedanke an die Götter das ganze Leben der Familie in älterer Zeit durchdrang, wie das Haus sich zu einem Sitz der Hausgötter, der Herd sich zu einem Altar gestaltete, wie Gebet, Danksagung, Opfer, Gelübde, Reinigung, Auspizien bei allen wichtigen Vorfällen des häuslichen und wirtschaftlichen Lebens, bei Geburt und Tod, Krankheit und Genesung, Ernte und Aussaat den Hausvater und die Seinigen in unausgesetzter Verbindung mit den Göttern erhielt. Das fällt der römischen Sitte, nicht dem Recht anheim.

Dem Recht dagegen gehört an, also rechtlicher Art ist der Hausfriede, die durch das Fas gesicherte Unverletzlichkeit des römischen Hauses (II § 35 a. A.) und die Begründung und Auflösung des Hausstandes. Wenn in ältester Zeit der Mann die Frau heimführte, so war die Beobachtung der dabei üblichen Gebräuche nicht bloß wie später Sache der Sitte, sondern Sache des Rechts. Es ist dies die älteste sakrale Form der Eingehung der Ehe: die confarreatio. Der Pontifex maximus und der Flamen dialis müssen zugegen sein, und der Bund muß durch ein feierliches Opfer besiegelt werden. Die Aufgabe des selbständigen Hauswesens durch Eintritt in eine fremde Familie (arrogatio) erforderte die Mitwirkung des Pontifikalkollegiums, dagegen war die bloße Adoption eines fremden Kindes, soviel wir wissen, ein rein weltlicher Akt; der Hausgottesdienst (die sacra), der auf den

194a) Des Verhältnisses des Patrons zum Klienten und des Grenzfriedens ist schon bei Gelegenheit des homo sacer gedacht. Außerdem wäre etwa noch die legis act. per pignoris capionem für Forderungen von religiöser Beziehung (Gaj. IV, 28) zu nennen.

Schultern des Hausvaters, nicht des Hauskindes ruhte, ward dadurch nicht beeinträchtigt. Auch der Tod des Hausvaters und die dadurch hervorgerufene Störung der bisherigen religiösen Gemeinschaft gab derselben Behörde wiederum Anlaß, das Erforderliche vorzukehren. Die Doktrin des jus pontificium hatte, was dabei zu geschehen, und wie die sacra zu regulieren seien, in feste Satzungen gebracht, und aus diesem Grunde wurde das Kolleg auch bei der Errichtung des Testaments (in comitiis calatis) zugezogen, um das religiöse Interesse gleich von vornherein zu wahren. Auch die Beerdigung, zunächst Gegenstand der religiösen Sitte, konnte zu Rechtsfragen führen (actio funeraria, S. 294 Note 197).

Eine einflußreiche Rückwirkung auf die Verhältnisse des Privatrechts und zugleich auf den Zivilprozeß übte die durch das Fas geheiligte Ordnung der Zeit und der konsequenterweise der Obhut der Pontifizes anvertraute Kalender aus.[194b]) Die Sonntagsordnung, wenn ich diesen modernen Ausdruck gebrauchen darf, d. h. die Fixierung dessen, was man an Festtagen tun dürfe und zu unterlassen habe, ist vielleicht nirgends so minutiös ausgebildet und streng gehandhabt worden als im alten Rom. Doch dies bringt uns bereits auf die Pontifizes.

Die vorstehende Schilderung, welche die unmittelbaren Einwirkungen der Religion zum Gegenstande hatte, bedarf nämlich in bezug auf das Privatrecht und den Prozeß noch insofern einer wesentlichen Ergänzung, als sie auch des Einflusses gedenken muß, den die geistliche Behörde der Pontifizes auf beide ausgeübt hat. Er erstreckte sich ungleich weiter als die Religion.

194b) Über eine andere angebliche Einwirkung der Religion auf den ältern Prozeß s. III S. 675.

Das Pontifikalkollegium — seine Kompetenz bei Fragen des Fas — Ausdehnung seiner Tätigkeit — Freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit — die legis actio sacramento = die Prozeßform des geistlichen Gerichts.

> Omnium tamen harum legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.
>
> Pomponius, I. 2 § 6 de O. J. (1. 2.)

XVIII[a]. Drei geistliche Behörden kennt das römische Altertum, deren Einsetzung auf Romulus, Numa und Ancus Martius, d. h. auf die Urzeit zurückgeführt wird: Das Kollegium der Augurn, der Pontifizes und der Fetialen. Den weltlichen Beamten verblieben zwar stets die unentbehrlichen religiösen Funktionen ihres Amtes, wie z. B. die Auspizien und Opfer, aber Zweifel, Streitfälle, Verstöße gegen die religiöse Ordnung usw. fielen ausschließlich der Kognition jener geistlichen Beamten anheim.[195]) Ihre ursprüngliche Funktion mag immerhin mehr begutachtender Natur gewesen sein, aber wie so oft gewann auch hier das Gutachten bald die Autorität des Richterspruches. Nur das Pontifikalkollegium hat für unsere Zwecke ein näheres Interesse, und wir wollen versuchen, im folgenden ein Bild seiner Wirksamkeit und seiner Stellung zum Rechtsleben zu entwerfen.[195a]) Wir dürfen dasselbe als ein geistliches Gericht bezeichnen und brauchen, wenn wir mit dieser Bezeichnung an die geistlichen Gerichte

---

195) (165) Hinsichtlich der pontifices ist dies zur Genüge bekannt, hinsichtlich der Fetialen darf ich auf jede Schrift verweisen, in der sie berührt werden, z. B. Rubino, Untersuchungen über römische Verf. S. 170 flg. (in der solennen Formel bei Livius I, 32 wird ausdrücklich auf das Fas Beziehung genommen: audiat fas), von den Augurn erwähnen die Quellen manche Aussprüche über das Fas, z. B. den berühmten des Attus Navius (Livius I, 36) und andere (Rubino S. 219. 220).

195[a]) Von seiten der Technik aus komme ich später (II § 42) auf die Pontifizes zurück. Hier ist es uns nur um den extensiven Umfang ihrer Wirksamkeit zu tun.

des Mittelalters erinnern, eine nähere Vergleichung beider keineswegs zu scheuen. Es ist in der Tat eine überraschende Erscheinung, daß fast dieselben ziviliſtischen Lehren, an denen im Mittelalter der summus Pontifex des modernen Roms sich versuchte, und deren Anwendung den geistlichen Gerichten zufiel, bereits vor mehr als einem Jahrtausend der Pflege des altrömischen Pontifex maximus anvertraut waren,[195b]) und nachdem sie in der Praxis des Pontifikalkollegiums, beziehungsweise der geistlichen Gerichte, ihre Ausbildung gefunden hatten, mit dem Prozeß selbst in die weltlichen Gerichte ihrer Zeit übergingen. Das Fas des alten Rom ist das jus canonicum des späteren; zu beiden Zeiten gab es das jus utrumque, in dem sowohl geistliche wie weltliche Richter bewandert sein mußten. Zu dem jus pontificium, qua ex parte cum jure civili conjunctum esset (Cic. Brut. c. 42) gehörte, wie Rubino[196]) bemerkt hat, namentlich das Familienrecht, und es finden sich noch in den Pandekten Spuren der Pontifikaljurisprudenz. „Ob eine Ehe gültig vollzogen, um Rubino selbst reden zu lassen, ob ein Eheverbot überschritten sei, ob rechtmäßige Vaterschaft und Verwandtschaft bestanden habe, war ebenso sehr von Einfluß auf die Verpflichtung zur Trauer, zur Vollziehung der Sakra, zur Expiation des Inzestes, als auf bürgerliche Verhältnisse. Ähnliches mußte auch im Sachenrecht, z. B. bei Eigentumsfragen, so oft es sich um die Unterscheidung heiliger Orte von Privatgrundstücken handelte, insbesondere aber bei Erbschaften wegen der damit verbundenen Sakra und in vielen andern Fällen vorkommen. Hieraus mußte die Wechselwirkung entstehen,

195b) (166) Es waren dies namentlich die Lehren von der Ehe, den Verwandtschaftsgraden als Ehehindernissen, dem Trauerjahr, dem Eide, dem Votum, den Testamenten. Auch die Sorge für den Kalender findet sich bei beiden.

196) (167) Rubino a. a. O. S. 218 hat meines Wissens zuerst den Zusammenhang des jus civile mit dem jus pontificium in Anregung gebracht und an einzelnen Punkten nachgewiesen. Hüllmanns „Jus pontificium der Römer“ hat den Gegenstand nach der Seite, nach der er uns hier interessiert, wenig gefördert.

daß die an dem einen Ort angenommenen Regeln an dem andern nicht unbeachtet bleiben konnten; es läßt sich jedoch voraussetzen, daß sich hierbei in ältern Zeiten das Übergewicht auf die Seite der Priester, schon wegen ihrer umfassenden Gelehrsamkeit, neigte."

Aber der Einfluß der Pontifizes auf das Zivilrecht war doch wohl ein noch unmittelbarerer, als hier angenommen ist; es gab wahrscheinlich Klagen und Ansprüche, die wie im Mittelalter ursprünglich nur bei dem geistlichen Gericht erhoben werden konnten,[197] andere, die wenn auch beim weltlichen Gericht anzubringen, doch erst eine Entscheidung des Pontifikalkollegiums über eine Präjudizialfrage des Fas voraussetzten. Außer den bereits von Rubino und in der Note hervorgehobenen Beispielen nenne ich als solche Lehren, die dem geistlichen Recht ihre Ausbildung verdankten, namentlich die Lehre von der Zeit,[198] der pignoris capio,[199] von dem votum,[200] die Römer selbst nennen auch die usucapio pro herede. Bei einigen Rechtsgeschäften wie bei der Eingehung

197) (168) Dies möchte ich z. B. annehmen hinsichtlich der Ansprüche, die sich auf ein Begräbnis bezogen, also namentlich hinsichtlich der actio funeraria (nachher ins Edikt des Prätors übertragen, ihrer ganzen Struktur nach aber unverkennbar nicht unter dem Einfluß zivilistischer Ideen entstanden), hinsichtlich der legis actio sacramento s. u. Noch zu Papinians Zeit konnte der Erbe zur Erfüllung der vom Testator in seinem Testament ihm zur Pflicht gemachten Errichtung eines Monuments durch das Pontifikalkollegium gezwungen werden, l. 50 § 1 de her. pet. (5. 3) . . . tamen Principali vel Pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. — Daß die jura sepulchrorum dem indignus, dem die Erbschaft entzogen ward (l. 33 de relig. 11. 7) und dem suus heres, der sich abstinierte (l. 6 ibid.), verblieben, war gegen die Konsequenz des Zivilrechts, und ich möchte diesen Satz dem Einfluß des geistlichen Rechts zuschreibrn.

198) (169) Vor allem die computatio civilis, über deren Anwendung auf die Begründung der manus durch usus ein Ausspruch des Pontifex Quint. Mucius von Gellius III, 2 § 12 mitgeteilt wird, den Schalttag usw.

199) (170) Insoweit sie eine Beziehung auf das geistliche Recht hatte. Die XII Tafeln erkannten sie in dieser Richtung an. Gajus IV § 28.

200) (171) Wenn Beamte oder das Volk ein Votum ablegten, so pflegte der Pontifex maximus die Formel vorzusagen, Liv. XXXI, 9. XXXVI, 2.

der Ehe durch confarreatio, der arrogatio und dem testamentum in comitiis calatis fand, wie bereits bemerkt (§ 18), eine Zuziehung des Pontifex maximus oder des ganzen Kollegium statt, und damit war der geistlichen Jurisprudenz die Gelegenheit gegeben auf die Theorie dieser Rechtsgeschäfte zu influieren.[201]) Auch auf die Ausbildung des Kriminalrechts muß sie eingewirkt haben, denn aus den Pontifikalbüchern wußte die spätere Zeit, daß unter den Königen von den Straferkenntnissen derselben eine Provokation ans Volk stattgefunden, und ohne praktische Veranlassung hätten jene Bücher diese Notiz nicht aufgenommen. Das Pontifikalkollegium muß also in einer uns unbekannten Weise bei der Provokation zugezogen worden sein, und der religiöse Charakter des ältesten Strafrechts macht es wahrscheinlich, daß diese Mitwirkung nicht bloß auf den Fall der Provokation beschränkt war. Ob die selbständige Strafgewalt der Pontifizes sich auf die von geistlichen Personen begangenen Verbrechen gegen die Religion beschränkte, ist streitig.[202]) Wenn der Verführer einer vestalischen Jungfrau von ihnen mit dem Tode bestraft wird,[203]) so macht schon dies eine Beispiel eine weitere Ausdehnung ihrer Strafgewalt gewiß.

Nach dem übereinstimmenden Bericht späterer Referenten[204]) hat sich aber der Einfluß der Pontifizes in alter Zeit keineswegs auf den soeben genannten Kreis von Materien beschränkt, er soll

XLI, 21. Valerius Maximus VIII, 13, 2 rühmt es dem Metellus nach, daß er senex admodum pont. max. creatus tutelam caeremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante ... gessit. ſ. Brissonius de vocibus ac formul. I cap. 128.

201) (172) Mit Recht hebt Rubino S. 213 hervor, daß es sich hierbei nicht bloß oder auch nur vorzugsweise um die sacra gehandelt habe.

202) (173) Geib, Geschichte des röm. Kriminalprozesses S. 75 u. flg. verteidigt im Widerspruch mit der gangbaren Ansicht die Beschränkung auf den im Text bezeichneten sehr engen Kreis.

203) (174) Livius XXII, 57.

204) (175) z. B. Pomponius in l. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2) Valer. Max. II, 5 § 2. Auch Livius IX, 46 spricht von einem jus civile repositum in penetralibus pontificum.

sich vielmehr über das ganze Recht und den Zivilprozeß erstreckt haben. Die Kunst, die Gesetze zu interpretieren, und das Depot für die Legisaktionen-Formulare, berichtet der eine, habe sich im ersten Jahrhundert der Republik ausschließlich bei dem Pontifikalkollegium befunden, und es sei alljährlich ein Mitglied desselben für diesen Zweig der Amtstätigkeit deputiert worden. Ein anderer meldet, daß das Zivilrecht viele Jahrhunderte hindurch in den Banden der Religion gelegen habe und ausschließlich den Pontifizes bekannt gewesen sei, und diese letztere Nachricht nimmt anderwärts sogar die Gestalt an, daß die Pontifizes absichtlich ein Geheimnis aus dem Recht gemacht hätten. Wenn unsere heutige Kritik dieser Nachricht keinen Glauben schenken will, so ist sie gewiß insoweit in ihrem Recht, als sie es für undenkbar erklärt, daß das Recht aus einem Gemeingut des Volks eine Geheimlehre der Pontifizes hätte werden sollen. Andererseits aber geht sie zu weit, wenn sie jene Nachricht bloß darauf reduzieren will, daß die Formulare für rechtliche Geschäfte vorzugsweise bei den Pontifizes aufbewahrt gewesen seien.[204a]) Soviel ist in meinen Augen unter allen Umständen klar: die Pontifizes müssen in alter Zeit einen ganz entscheidenden Einfluß auf das Zivilrecht und den Prozeß ausgeübt haben, — wie hätte sich sonst jene Sage bilden können? — und sie müssen, um dies zu können, in einer praktischen Beziehung zum Rechtsverkehr und zur Rechtspflege gestanden haben — denn es wäre in der Geschichte unerhört, daß eine Behörde, die praktisch mit einem Verhältnis nichts zu schaffen hat, die dafür maßgebenden Grundsätze und Formen hätte ausbilden sollen und sie bei der dafür eingesetzten Behörde zur Geltung hätte bringen können.[205]) Es kommt darauf an, Anknüpfungspunkte für die praktische Tätigkeit der Pontifizes zu suchen, zu erklären, wie dieselben, ohne von Staats wegen mit der Handhabung

204a) (176) Rubino a. a. O. S. 225.

205) Die Leviten beim Volk Israel und der Gesetzsprecher in Island (Dahlmann, Gesch. von Dänemark II S. 192, K. Maurer in der Münchner Krit. Vierteljahrsschrift VII S. 62) machen davon keine Ausnahme.

des Rechts betraut gewesen zu sein, dennoch auf dem Wege freiwilliger Heranziehung zu derselben jenen hervorragenden Anteil gewinnen konnten.

Das römische Leben kannte drei Formen, in denen jeder Rechtskundige seine Kenntnisse und Geschicklichkeit zum Nutzen des Publikums verwenden konnte: das Amt eines Konzipienten und Schreibers rechtlicher Urkunden (das „cavere und scribere"), das eines Konsulenten („respondere") und eines Schiedsrichters (receptum arbitri). Daß die Pontifizes für das erste Amt in ältester Zeit wie wenig andere geeignet waren, bedarf nicht der Bemerkung. Leute der Feder und des Worts, gezwungen und gewohnt, die mancherlei Urkunden und Formulare, zu deren Entwerfung ihr geistlicher Beruf ihnen die unmittelbare Veranlassung bot, mit aller Sorgsamkeit und Umsicht aufzusetzen, vertraut mit den Grundsätzen des geistlichen Rechts, die in so manche bürgerliche Rechtsgeschäft einschlugen, waren sie für das alte Rom dasselbe, was die Geistlichen auf gleichen Kulturstufen überall gewesen sind, die gebornen Schreibmeister und Notare der Nation. Mit der Entwerfung und Abfassung solcher rechtlichen Urkunden im einzelnen Fall geht aber die Ausarbeitung und Sammlung stehender Formulare im Interesse der Erleichterung der Arbeit Hand in Hand, und wenn man weiß, welch tiefeingreifenden Einfluß auf die formelle und materielle Gestaltung des römischen Rechts diese Sammlungen ausgeübt haben (II S. 300), so wird man nicht daran zweifeln, daß diese notarielle Praxis, wenn wir sie so nennen wollen, den Pontifizes eine reiche Quelle der Einwirkung auf das Zivilrecht öffnen mußte, wie denn in der Tat letzteres überall die Hand der Pontifizes verrät (II § 42).

An diese erste Tätigkeit schlossen sich naturgemäß die beiden andern an. Wer wäre bei einem Streit über den Sinn einer Urkunde geeigneter gewesen, den gewünschten Aufschluß zu erteilen, als die Person, welche sie entworfen hatte? Das respondere war in vielen Fällen nichts als eine Erläuterung oder Ergänzung des scribere. Und selbst ganz unabhängig davon: wie viele

Fragen und Verhältnisse gab es, bei denen wegen ihrer mittelbaren Beziehung zum geistlichen Recht nur die Pontifizes eine zutreffende Entscheidung abgeben konnten. Nun braucht man sich dieselben Fragen und Verhältnisse nur als Gegenstand eines Rechtsstreites zu denken und sich der ursprünglichen Stellung und Aufgabe des Richters als einer von beiden Parteien um seine rechtliche Ansicht angegangenen Vertrauensperson zu erinnern (S. 168), um gewiß zu sein, daß die Parteien in vielen Fällen nichts besseres tun konnten als einen Pontifex zum Schiedsrichter zu wählen. Die dienstliche Stellung desselben brachte es mit sich, daß er die Erlaubnis seines Vorgesetzten oder des Kollegiums einholen mußte, denn die Überhäufung mit solchen Aufträgen konnte dem Dienst nachteilig werden. Andererseits aber lag es keineswegs im Interesse des Kollegiums, solche Aufträge zurückzuweisen; dieselben boten ein ganz wertvolles Mittel, den Einfluß und das Ansehen desselben zu erhöhen, und ließen sich zugleich als Geldquelle für den kirchlichen Fond benutzen. Es war nicht mehr als billig, daß die Götter für die Zeit, die der Pontifex ihrem Dienst entzog und den streitenden Teilen widmete, entschädigt wurden. Dies geschah durch das von der unterliegenden Partei zu entrichtende sacramentum; der Sicherheit wegen mußte es von beiden Parteien vor Beginn des Prozesses beim pons sublicius deponiert werden;[206] der siegende Teil erhielt das seinige zurück. Ein Mitglied des Kolleges ward alljährlich für diesen Zweig der Geschäftstätigkeit kommittiert.[207]

So hatte also das Pontifikalkollegium das obige Verhältnis aus einer bloßen Privatsache des einzelnen Pontifex zu der ihrigen gemacht und das Schiedsrichteramt in den Organismus seiner

206) Es war dies der Ort, von dem die Römer selber den Namen der pontifices ableiten, Varro de L. L. V, § 83; ob mit Recht oder Unrecht, ist gleichgültig, die Beziehung des sacramentum zu den pontifices ist dadurch jedenfalls konstatiert. Über die Verwendung desselben zu religiösen Zwecken s. Fest. sub sacramentum.

207) Pomponius in l. 2 § 6 de O. J. (1. 2) ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.

Berufstätigkeit aufgenommen. Damit ergab sich von selbst die Notwendigkeit, gewisse Grundsätze und Formen des Verfahrens aufzustellen, und es ist uns ausdrücklich bezeugt, daß das Depot der Formulare des ältesten Prozesses bei dieser Behörde gewesen sei,[207a]) die legis actiones werden unter den monumenta pontificum aufgeführt.[208]) Der älteste römische Prozeß war das Werk der pontifices, oder genauer, er war nichts als der Prozeß am geistlichen Schiedsgericht. Denn als ein Gericht oder einen Gerichtshof dürfen wir dasselbe bezeichnen. Besaß dieser Gerichtshof auch keinen Gerichtsbann, so war er doch eine dauernde, speziell für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten eingerichtete Behörde, und es brauchen wohl nicht erst die vielen günstigen Umstände, die sich bei ihm vereinigten, namhaft gemacht zu werden, um es begreiflich erscheinen zu lassen, daß er tatsächlich ganz die Stellung eines vom Staat eingesetzten Gerichts einnahm.

Aber mit dieser bloß tatsächlichen Stellung desselben war es auch gegeben, daß er dieselbe, wie er sie gewonnen, so auch wiederum verlieren konnte, ohne daß es dazu eines Akts der gesetzgebenden Gewalt bedurft hätte. Der dominierende Einfluß der Geistlichkeit außerhalb der kirchlichen und religiösen Sphäre, so berechtigt er für eine gewisse Kulturstufe ist, geht doch mit letzterer selber vorüber, und auch den Pontifizes blieb diese Erfahrung nicht erspart. Die legis actio sacramento in der Gestalt, wie Gajus sie schildert, spielt nicht mehr vor dem geistlichen Gericht, sondern vor dem Prätor. Letzterer läßt sich Bürgen für das sacramentum bestellen, das sacramentum selber aber fällt an das Aerar.[208a]) Denkt man sich diese legis actio, wie es gewöhnlich geschieht, als die ursprüngliche Prozeßform des weltlichen Gerichts, so ist ebenso schwer zu begreifen, warum man nicht von Anfang an das sacramentum an das Aerar gewiesen habe,

207a) l. 2 § 6 cit.

208) Val. Prob. de notis antiq. § 1 und 4. Cic. de orat. I, 43.

208a) Gaj. IV, 16 . . in publicum cedebat; davon, daß es früher anders gewesen sei, weiß er nichts.

als wie man, wenn verfassungsgemäß diese Einnahme den Göttern überwiesen war, sie ihnen späterhin wieder entziehen durfte. Das wäre ein Raub an dem gewesen, was den Göttern gebührte. Faßt man die Sache dagegen in der von mir entwickelten Weise auf, so erklärt sich beides in befriedigendster Weise. Die Prozeßkosten gebührten dem geistlichen Fond, wenn und solange ein geistlicher, dem weltlichen Fond, sobald ein weltlicher Richter die Entscheidung abgab. Mit demselben Recht, mit dem die Parteien früher besonders gern auf den geistlichen Richter kompromittiert hatten, konnten sie, sobald sie es vorzogen, einen weltlichen Richter wählen. Der Umschwung, der in dieser Richtung eintrat, war rein Sache der Sitte, dem geistlichen Gericht ward damit rechtlich nichts entzogen. Daß man das Verfahren, welches sich bei ihm ausgebildet und bewährt hatte, nebst den betreffenden Formularen und Grundsätzen mit hinüber nahm, und daß man der legis actio sacramento ihren alten Namen beließ, obschon er jetzt nicht mehr paßte, entspricht ganz der römischen Weise.

Die im bisherigen vorgetragene Ansicht stimmt mit der von mir in der ersten Auflage entwickelten darin überein, daß sie die Entstehung des ältesten römischen Prozesses auf die Pontifizes zurückführt und in der legis actio sacramento das Prozeßverfahren vor dem geistlichen Gericht erblickt, und von der Richtigkeit dieser Ansicht bin ich immer noch in dem Maße überzeugt, daß ich nicht begreife, wie man ohne sie die überall hervortretende Beziehung des ältesten Verfahrens auf die Pontifizes erklären will. Die Frage dagegen: wie konnten die Pontifizes in den Besitz der Zivilrechtspflege gelangen, habe ich früher in anderer Weise beantwortet. Während ich vorhin auf sie die Antwort erteilt habe: durch freiwilliges Kompromiß der Parteien, habe ich in der ersten Auflage den Eid zur Erklärung herangezogen. Aus allen eidlich bekräftigten Verträgen, meinte ich, sei die Klage wie im

Mittelalter an das geistliche Gericht gegangen, und da die Parteien es in der Hand hatten, auch bei einem nicht von vornherein eidlich bekräftigten Verhältnis einen Eid hinzuzufügen, so hätten sie damit jederzeit die Kompetenz des geistlichen Gerichts begründen können. Gegen die innere Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht wird, wer die Entwicklung der geistlichen Gerichtsbarkeit im Mittelalter[208b]) kennt und die ausgedehnte Anwendung, welche der Eid bei den übrigen indogermanischen Völkern im Prozeß gefunden hat,[209]) in Anschlag bringt, schwerlich großen Widerspruch erheben. Dagegen ist die äußere Begründung, die ich meiner Ansicht zu geben versucht habe, um so mehr bemängelt worden, und auch der Aufwand von Gelehrsamkeit und Scharfsinn, den Danz später gemacht hat, sie weiter auszuführen und zu verteidigen,[209a]) hat, von einzelnen Zustimmenden abgesehen,[209b])

208b) Auch in England; s. Gundermann, Engl. Zivilr. I. S. 105: „Endlich entschieden die kirchlichen Gerichte seit der Zeit des Königs Stephan auch über Vertragsbrüche pro laesione fidei, weil hierin ein Verstoß gegen das Gewissen, also ein geistliches Vergehen gesehen wurde.

209) Außer den Konsakramentalen des deutschen Rechts verweise ich mit Danz, Jahrb. des gemeinen Rechts V S. 89 ff., auf den attischen Prozeß, wozu noch Kreta hinzuzufügen ist, wo nach Plato leg. XII, 4 Rhadamanthus angeordnet haben soll, daß alle Prozesse durch Eid zu entscheiden seien.

209a) Danz, Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr, Jena 1857. S. 181 ff. Wenn er in der in der vorigen Note zitierten Abhandlung S. 88 von einer wesentlichen Abweichung unserer beiderseitigen Ansichten spricht, so scheint dies auf einem Mißverständnis zu beruhen. Auch ich habe die legis act. sacram. ausschließlich auf den Eid gestützt und auf S. 266 der ersten Auflage ausdrücklich den Weg angegeben, wie diese Voraussetzung der Klage sich bei jedem Verhältnis begründen ließ, auch ich habe S. 265 das sacramentum im Sinn des Sukkumbenzgeldes ausdrücklich als „Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit" bezeichnet. Der einzige Punkt, worin wir abweichen, besteht darin, daß Danz beide Parteien schwören läßt. Der Gedanke eines Zusammenhanges der leg. act. sacramento mit dem Eide ist zuerst (1852) von mir ausgesprochen.

209b) Leist, Zivil. Studien III S. 261. Huschke hat sogar in seiner Jurispr. Antej. bei Gajus IV, 13 die Worte falsi jurisjurandi nomine in den Text aufgenommen (!), wobei er aber Danz statt meiner als den Urheber dieser Idee nennt — das eine wie das andere in gleicher Weise willkürlich und tadelnswert.

ihr die allgemeine Meinung nicht zu gewinnen vermocht.[209c]) Auch ich selbst bin inzwischen sehr zweifelhaft geworden. Der Zweck meines Buchs schließt eine eingehende Prüfung des Für und Wider aus. Andererseits aber halte ich mich bei einer Idee, die zuerst von mir ausgesprochen und auf die von andern vielfach Bezug genommen ist, nicht für berechtigt die betreffende Partie der ersten Auflage (S. 263—268) einfach wegzulassen, und ich lasse sie daher im folgenden unverändert abdrucken.[210])

Es kommt darauf an, einen Gesichtspunkt aufzufinden, der die Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit auf profane Geschäfte motiviert, d. h. ein Mittel, eine Form anzugeben, wodurch diesen Geschäften eine religiöse Beziehung verliehen und damit die Kompetenz des geistlichen Gerichts begründet werden konnte. Als ein solches Mittel stellt sich der promissorische Eid dar; jedem Versprechen, jedem Rechtsgeschäft kann er als Bestärkungsmittel hinzugefügt werden, und die tägliche Erfahrung lehrt uns den Gebrauch dieses Mittels. Der Verkehr pflegt namentlich dann und da zu demselben zu greifen, wo er sich durch das Recht in seiner freien Bewegung gehemmt sieht.[210a]) Geschäfte, für die keine rechtlich bindende Form existiert, oder welche materiellen Beschränkungen unterliegen, die dem Verkehr lästig sind, flüchten sich vom Boden des Rechts auf den der Religion, und der Eid erweist

---

209c) S. dagegen Girtanner, Die Stipulation. Kiel 1859. S. 1—80. De Geer in Nieuwe Bijdragen VIII, IX (1858, 1859) S. 675 ff. Rudorff, Röm. Rechts-G. II S. 81. Bethmann-Hollweg, Der römische Zivilprozeß I S. 121. Stillschweigend verworfen von Keller, Röm. Zivilprozeß § 13. Walter, Röm. R.-G. II §. 704.

210) Die Zusätze sind mit [ ] bezeichnet.

210a) (177) So im Mittelalter beim Eindringen des römischen Rechts gegenüber manchen Bestimmungen desselben, die mit den bisherigen Sitten und Ideen in Widerspruch traten, z. B. der Unzulässigkeit der Erbverzichte. Ebenso gegenüber dem verkehrswidrigen Verbot der Zinsen durch das kanonische Recht.

sich trotz des mangelnden äußern Zwanges in der Regel als ein ebenso wirksames Bindemittel als das Recht. Den Römern war von alters her die Anwendung dieses Mittels sehr geläufig.[210b]) Die Beamten leisteten den Eid auf die Gesetze, die Soldaten bei der Aushebung den Diensteid (sacramentum), dann den Lagereid,[210c]) und untereinander ursprünglich freiwillig, später nach Vorschrift, den Eid, nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewissen Gründen zu verlassen[210d]) usw. Die Benutzung des promissorischen Eides für den Rechtsverkehr wird uns von Dionys ausdrücklich bezeugt,[211]) und manche teils bereits benutzte, teils übersehene Argumente bekräftigen sein Zeugnis. Daß sponsio, das solenne Versprechen, etymologisch auf ein religiöses Bindemittel hinweist, ist schon von den Römern bemerkt.[211a]) Daß dies Bindemittel der Eid gewesen, sagt Festus, indem er

---

210b) (178) Auch der assertorische Eid als Mittel zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten war bei ihnen sowohl in als außer dem Prozeß im ausgedehntesten Gebrauch. Die Zensusangaben erfolgten eidlich, Liv. XLIII, 14. commune omnium civium jusjurandum; Gellius IV, 20: de uxoribus solemne jusjurandum. Huschke, Verf. des Serv. Tullius S. 574. [Liv. VI, 22 jurare parato in verba excusandae valetudinis. Cato de re rust. c. 144 Factores qui oleum fecerint omnes juranto .. sese de fundo neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam surripuisse.]

210c) (179) Gellius XVI, 4, § 2.

210d) (180) Ruperti, Handbuch der römischen Altertümer. Teil 2. S. 883. [Liv. II, 45.]

211) (181) Dionys. I, 40. [Mommsen, Röm. Forschungen I S. 357. Aufl. 2: die Nachricht sei zu beschränken auf klaglose Verträge. Beispiele aus späterer Zeit bei Plaut. Curc. III, 88 IV, 4, 10, Pseudolus I, 3, 118. Rudens Prolog. 46, 48.)

211a) (182) Festus voc. spondere ... ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant. Gaj. III § 93 quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. σπένδω, σπονδή bezeichnet ursprünglich die Libation (Spende), daher σπονδαί der Friedensschluß, das Bündnis, bei dessen Abschluß diese Libationen vor allem vorkamen. [Ballhorn-Rosen, Zur Vorgeschichte des römischen Rechts. 1853 S. 58.]

consponsor durch conjurator erklärt.[211b]) Beachtung verdient ferner der unzweifelhaft religiöse Charakter der völkerrechtlichen sponsio[211c]) und der Fingerzeig, den uns die Etymologie in den Wörtern jurae und juramentum gewährt. Woher kommen beide zu der Bedeutung des Schwörens? Sie stammen von jus, Band, Recht, jurare würde also wörtlich übersetzt bedeuten: ein Band, einen Bund, ein Recht begründen, juramentum: ein Bindemittel, ein Mittel des Rechts. Wenn sie aber durch den Sprachgebrauch die ausschließliche Bedeutung des Schwörens und eines Eides erhalten haben, so darf man daraus, glaube ich, entnehmen, daß sich verbinden, ein Recht begründen und schwören lange Zeit hindurch für gleichbedeutend gegolten haben muß. Die Wirkung, das Sichverpflichten, trat dann später zurück gegen die Ursache, das Schwören, und so erhielt jurare seine neuere Bedeutung.

Die eidliche Bekräftigung eines Versprechens mochte namentlich da üblich sein, wo dasselbe juristisch unwirksam gewesen sein würde.[212]) Wenn der Eid nicht erfüllt wurde, wenn Zweifel und Streitigkeiten hinsichtlich desselben sich erhoben, so lag es am nächsten, die Pontifizes anzugehn.[213]) Ob sie gleich den geistlichen

---

211b) (183) sub voce: consponsor. Wenn consponsor = conjurator, so ist sponsor derjenige, der sich eidlich zur Erfüllung eines Versprechens verpflichtet hat. [Die Unhaltbarkeit dieses Arguments versucht darzutun Girtanner a. a. O. S. 40 ff.] Zur Annahme einer sakralen Form der Obligationen haben sich übrigens schon manche veranlaßt gesehen, z. B. Huschke, Das Nexum S. 101. 102. Danz, Rechtsgeschichte B. 2 S. 107.

211c) (184) Osenbrüggen, De jure belli et pacis S. 77 u. flg. Der Feldherr, der eine vom Volk nicht genehmigte sponsio abgeschlossen, ward dem Feinde überliefert „ut populus religione solvatur“ oder „ut populus R. scelere impio sit solutus“, Cicero de leg II, 16 gebraucht sponsio beim votum: voti sponsio, qua obligamur deo.

212) (185) z. B. die Verträge zwischen Patron und Klienten; daher vielleicht noch im neuern Recht die jurata operarum promissio des Freigelassenen. — Ferner Versprechen, denen keine res zugrunde lag. (S. zweites System.)

213) (186) Dionys. II, 73: *Ποντίφικες γὰρ δικάζουσιν τας ἱερας*

Gerichten des Mittelalters berechtigt waren, denjenigen, der den Eid abgeleistet hatte, wir wollen ihn den Beklagten nennen, zur Verantwortung zu ziehen, bleibe dahingestellt. Aber wenn beide Parteien einig waren, erfolgte Untersuchung und Urteil, und zwar, wie ich glaube, in der Weise, daß jede von ihnen für den Fall des Unterliegens ein Sukkumbenzgeld (sacramentum) deponierte, welches demnächst an einen Tempel fiel. Dies Sukkumbenzgeld enthielt je nach dem Ausgang des Prozesses die Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit.[213a]) Der Ruf der Rechtskenntnis, in dem die Pontifizes standen, der Vorzug der Ständigkeit der Behörde, einer konstanten Praxis und Tradition, den dieses Gericht vor dem weltlichen Richter voraus hatte, konnte auch im Fall eines gewöhnlichen Rechtsstreites, bei dem es sich nicht um einen Eid handelte, es den Parteien wünschenswert machen, denselben vor das geistliche Gericht zur Entscheidung zu bringen. Die Kompetenz desselben, wenn man überhaupt hierbei von einer Kompetenz sprechen will, ließ sich jeden Augenblick durch Ableistung eines auf den Rechtsstreit bezüglichen Eides begründen, vielleicht ward auch der Eid durch Fiktion ersetzt, so daß es lediglich auf Deposition des sacramentum ankam.[214]) Dies ist die legis actio sacramento in ihrer ursprünglichen Gestalt. Je seltener der Eid ward, um so eher konnte man sich daran gewöhnen, unter der actio sacramento, die ursprünglich Eidesklage bedeutete — denn sacramentum[215]) heißt sonst der Eid —, eine Klage mit Sukkumbenz-

---

δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν. [Plaut. Rudens V, 3, 21 tune meo pontifex perjurio es?]

213a) Man vergleiche hiermit Huschkes „falsi jurisjurandi nomine" (Note 209b).

214) (178) Die Deposition geschah [nach Varro de L. L. V, 180, ad pontem deponebant ... qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat;] beim pons, und zwar dem pons sublicius, von dem Varro den Namen der pontifices ableitete (ib. V, 85), und an dem letztere zu opfern hatten. Die Deposition erfolgte also bei den Pontifizes.

215) (188) Später vorzugsweise beim Soldateneid in Gebrauch geblie-

strafe, und unter sacramentum selbst das Sukkumbenzgeld zu verstehen. Der Übertragung einer solchen der religiösen Beziehungen entkleideten Prozeßform auf die weltlichen Gerichte stand nichts im Wege, und so erfolgte dieselbe in ähnlicher Weise, wie viele Jahrhunderte später der bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters ausgebildete Prozeß auf die weltlichen Gerichte überging. Das Sukkumbenzgeld fiel aber konsequenterweise nicht mehr an die Götter, sondern an den Staat.[216])

Die hier aufgestellte Ansicht erklärt es, wie das Pontifikalkollegium zu einer so ausgebreiteten und generellen Gerichtsbarkeit in rein weltlichen Dingen gelangen konnte, daß sich später daraus sogar die Sage von einer ausschließlichen Handhabung des Rechts durch die Pontifizes zu bilden vermochte. Das Übergewicht der Intelligenz, das Ansehen der Stellung, die berufsmäßige Beschäftigung mit dem Recht — alles stempelte sie zu den geborenen Schiedsrichtern des Volks und verschaffte ihrem Kollegium eine Stellung nach Art der Sprachfakultäten in früherer Zeit. Ihr Ausspruch hatte nicht die Kraft eines Urteils, sondern eines Rechtsgutachtens, womit die nicht auf Kondemnation oder Absolution, sondern auf sacramentum justum oder injustum esse lautende Form desselben zusammenhängt. Gleichwohl begreift

---

ben. Daß sacrare, sacramentum usw. auch abgesehen von diesem Fall eine besondere Beziehung zum Eide hat, dafür berufe ich mich auf folgende Stellen des Festus: sub voc.: Sacramento dicitur quod [jurisjurandi sacrat] ione interposita actum est; [unde quis sacramen] to dicitur interrogari, quia [jusjurandum interponitur] etc., sub voc. Sacrosanctum dicitur, quod jurejurando interposito est institutum etc. Übrigens brauche ich wohl kaum zu bemerken, daß für die im Text vorgetragene Ansicht die Bedeutung des Wortes sacramentum nur ein einzelnes Argument bildet, die eigentliche Beweiskraft aber in dem Gesamtzusammenhang des Ganzen ruht, und ich darf hinzusetzen, daß ich selber auf jenes Argument erst aufmerksam geworden bin, nachdem jener Gesamtzusammenhang mir die verteidigte Ansicht aufgedrungen hatte.

216) (189) Gaj. IV, §§ 16 in publicum cedebat (Prozeß vor dem weltlichen Gericht) Fest. sub Sacramentum ... quod consumebatur in rebus divinis (beim geistlichen Gericht).

es sich, daß auch diese Spruchpraxis nicht nur zur Innehaltung und Ausbildung fester Formen des Verfahrens führte, sondern auch manche materiellen Rechtssätze ins Leben rief, sowie daß die Kenntnis derselben und die Kunst ihrer richtigen Handhabung sich nur beim Kollegium fortpflanzte. Daraus machte eine spätere Zeit die Fabel von der Geheimhaltung des Zivilrechts durch die Pontifizes.

Das römische Recht hat der Praxis des geistlichen Gerichts gewiß viel zu danken, nicht bloß wegen der relativ hohen Intelligenz und Rechtskunde, die sich bei demselben fand, sondern vor allem darum, weil sich hier am ersten eine konstante Praxis bilden konnte und bildete. Es war hier nicht einem einzelnen die Rechtspflege anvertraut wie bei dem Könige, Konsul und Prätor, sondern einer Behörde, und zwar, was noch mehr sagen will, einer geistlichen. Die Macht der Tradition hielt hier den Einflüssen der individuellen Meinung das Gegengewicht, der Wechsel der Mitglieder des Gerichts war unschädlich. So war das geistliche Gericht der passende, abgelegene Ort, an dem der Ablagerungsprozeß des Rechts, der Übergang desselben aus dem Zustande der Flüssigkeit und Formlosigkeit in den der Festigkeit und formellen Bestimmtheit am sichersten und raschesten erfolgen konnte.

Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte.

XIX. Der normale Charakter einer Anfangsbildung besteht in der Einheit ohne Verschiedenheit, d. h. der Gebundenheit der Gegensätze, der Unselbständigkeit der einzelnen Teile. Bevor die Unterschiede, die dem Keime nach in ihr bereits vorhanden sind, sich regen und entfalten können, muß eine Zeit vorausgegangen sein, die das Moment der Einheit möglichst kräftig, wenn auch einseitig entwickelt hat, soll dasselbe sonst nicht im verfrühten Kampf der Gegensätze rasch erliegen. Zu dieser Bemerkung veranlaßt

mich ein Rückblick auf die bisherige Darstellung. Der Grundzug des bisher geschilderten Rechtssystems — wenn wir es nämlich ein System nennen wollen, worüber unten das Weitere — besteht eben in jener ursprünglichen Gebundenheit der Gegensätze, jener Unselbständigkeit, Ununterschiedenheit der einzelnen Teile desselben. Erst jetzt, nachdem wir die Ausgangspunkte des Rechts im einzelnen haben kennen lernen, ist es uns möglich gemacht, diese Behauptung ohne großen Apparat durch Bezugnahme auf Früheres zu begründen.

Wir erinnern daran, daß es sich für uns nur um die ursprüngliche Gestalt dieses Systems handelt, nicht um die, welche es in Rom angenommen hat, denn letztere weist bereits manche Gegensätze auf, von denen einige schon im bisherigen erwähnt, andere an gelegener Stelle nachgetragen werden sollen. Richten wir unsern Blick zuerst auf den Staat, so vergegenwärtigte uns das Gentilitätsprinzip die Identität des Staats und der Familie: den Staat mit familienartiger Organisation, die Familie mit politischen Funktionen. Unsere Ausführung über das Verhältnis des Staats zum subjektiven Prinzip hat uns sodann die ursprüngliche Identität des Staats und des Volks, die der Gesetzgebung und des Vertrages, die der vindicta publica und privata nachgewiesen, und bei Gelegenheit der Wehrverfassung ergab sich uns die Identität der militärischen und politischen Ordnung, der Volks- und Heeresversammlung, des Feldherrn und Königs. Die Religion endlich macht davon keine Ausnahme; politische Verbindungen sind zugleich religiöse, die politische Gewalt schließt die religiöse in sich, politische Peregrinität ist religiöse Peregrinität.

Fassen wir die Rechtssphäre des Individuums ins Auge, so bewährt sich unser Gedanke an der ursprünglichen Identität der Selbsthilfe und der Rache, insbesondere aber an der Abhängigkeit des Privatrechts vom öffentlichen Recht. Verlust des Bürgerrechts ist Verlust des ganzen Privatrechts, die privatrechtliche Rechtsfähigkeit setzt die Zugehörigkeit zum Staat voraus, und die Aufnahme in letzteren ist nur durch Eintritt in den mit privat-

rechtlichen Elementen so reich gesättigten Kreis der Gens möglich. Der privatrechtliche Bankerott hat auch den politischen zur Folge, der insolvente Schuldner verliert durch die Exekution Freiheit und Bürgerrecht.

Nur ein schroffer Gegensatz findet sich, aber nicht mehr innerhalb des Rechts, sondern es ist der, mit dem letzteres sich gegen die ganze Außenwelt absperrt — der Gegensatz des Rechts als eines ausschließlichen Besitztums derer, die zur Gemeinschaft gehören, zu der prinzipiellen Rechtlosigkeit aller außerhalb Stehenden. Der Fortschritt der Rechtsentwicklung bewährt sich ebenso sehr daran, ihn mehr und mehr abzuschwächen, als innerhalb des Rechts die Gegensätze zur Entfaltung zu bringen.

Die drei von uns nachgewiesenen Ausgangspunkte des altrömischen Rechts finden sich im alten Rom zur Einheit verschmolzen, sie bilden unser erstes „System". Aber damit verträgt sich sehr wohl die Möglichkeit, daß die Ausbildung dieser verschiedenen Seiten oder Elemente des Rechts über das römische Volk hinaus auf vorrömische Volksstämme fällt, von denen das eine nach seiner besondern Art mehr dieses, das andere mehr jenes entwickelt hatte, und von denen dann das durch eine Vereinigung dieser verschiedenen Volksstämme sich bildende römische Volk diese verschiedenen Elemente überkommen hätte. Und es ist in der Tat die Behauptung aufgestellt, daß der synkretistischen Bildung des römischen Volks auch die des Rechts entspräche, und es ist der Versuch gemacht, letzteres auf seine ethnischen Gegensätze zurückzuführen.[217] So viel Wahrscheinliches und Anmutendes für mich nun auch der Gedanke hat, daß dem Gegensatz der Sabiner, Latiner und Etrusker auch eine gewisse Verschiedenheit der Rechtseinrichtungen und der Lebensanschauung entsprochen hat, und sowenig ich Anstand nehmen werde, von dem in dieser vagen Allgemeinheit ausgesprochenen Gedanken einen gewissen Gebrauch zu machen (S. 313), sowenig hat doch der Versuch, ihn im einzelnen durchzuführen

217) Göttling, Römische Staatsverfassung. Einleitung.

und für die ursprünglichen römischen Einrichtungen und Anschauungen ihre ethnischen Quellen anzugeben, Aussicht auf Erfolg. Das positive Quellenmaterial, welches man zu dem Zweck aufgeboten hat, reicht dazu in keiner Weise aus, es beurkundet die Tatsache, daß die Stammeltern der Römer in manchen Punkten voneinander verschieden waren, aber nicht, was von dem Besitztum der letzteren auf Rechnung der einen oder anderen zu setzen ist. Ebensowenig zwingt uns eine innere Prüfung des letzteren, für das einzelne einen verschiedenen ethnischen Ursprung anzunehmen und etwa unsere drei Ausgangspunkte des römischen Rechts den drei ethnischen Tribus des römischen Volks zuzuweisen.[218]) Bei einem kriegerischen Volke, das in beständiger Bewegung begriffen ist, versteht sich der Einfluß des militärischen Interesses auf die Verfassung von selbst. Das Geschlechterprinzip fügt sich dem Zweck des Ganzen ungezwungen ein, und das subjektive Prinzip mit seiner Erbeutung und Selbsthilfe findet kaum eine passendere Stätte als bei einem solchen Volke. In bezug auf das religiöse Prinzip könnte man, sowenig an sich die religiöse Stimmung dem kriegerischen Sinn widerstrebt, am ersten in Versuchung kommen, in einigen Spuren des religiösen Prinzips im römischen Recht Reste eines religiös angelegten Rechtssystems eines früheren Volks zu erblicken. Wir stellen diese Spuren und zur Vergleichung die parallelen Erscheinungen des profanen Systems zusammen.

Religiöses System.		Profanes System.
		Jus, vis.
Symbol:	aqua et ignis.	Hasta (quiris). Manus.

218) Wegen der im Text ausgesprochenen Ansicht hat mich ein Kritiker (Kuntze) in der Münchener Krit. Überschau II S. 187 ff. hart angelassen. Ihm fällt es nicht schwer, die von mir entwickelten Gegensätze von Jus und Fas in glücklichster Weise ethnisch zu verteilen, gleich als ob dies ein Kunststück wäre, wenn man sich davon dispensiert, auch nur den Schein eines Beweises beizubringen! Inzwischen hat auch Mommsen, Röm. Gesch. I. Kap. 4 (Aufl. 4) S. 44 über diesen „heillosen Unfug" den Stab gebrochen.

Repräsentant:	Numa.	Romulus.
Ehe:	confarreatio. (fax, aqua et ignis)	coemtio. (hasta coelibaris.)
Vertrag:	Eid, sacramentum, sponsio, foedus.	Volksgarantie, mancipatio, nexum.
Prozeß:	legis actio sacramento.	Selbsthilfe. — vindicatio, manus injectio usw.
Strafrecht:	homo sacer. Die Strafe als Reinigungsmittel.	Vindicta publica. Die Strafe als Abfindungsmittel.

Allein diese dürftigen Gegensätze gewähren für die Annahme eines verschiedenen ethnischen Ursprunges keinen ausreichenden Grund, selbst nicht die doppelten Eheformen;[219] den Beweis der Behauptung wird man mir ersparen.

219) Man könnte fragen: woher für ein und dasselbe Volk zwei Formen der Ehe? Allein diese Mehrheit der Eingehungsarten der Ehe hat gar nichts Auffälliges. Das mosaische Recht kennt zwei Eingehungsarten, mit und ohne Verkauf (Michaelis, Mosaisch. Recht B. II. § 85, 86), das indische acht, freilich auf wunderlichen Unterschieden beruhende Arten der Ehe (von Bohlen, Das alte Indien B. 2 S. 141 fl.), in den slawischen Ländern findet sich in christlicher Zeit neben der kanonischen Form der Eingehung noch die alte weltliche (Maciejowski, Slawische Rechtsgeschichte B. 2 § 194), und selbst die Gegenwart mit ihrer Zivilehe kann uns als Beispiel dienen. Die Versuche, die verschiedenen Eheformen auf ethnische Gegensätze zurückzuführen hat Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe S. 165 zusammengestellt, und ich kann mir nicht versagen, seine Zusammenstellung hier abdrucken zu lassen, sie sagt mehr als lange Deduktionen!

I. Auf die Etrusker wird zurückgeführt
   1. die Confarreatio von Schrader, Wächter u. a.,
   2. die Coemtio von Hüllmann,
   3. die freie Ehe und der damit zusammenhängende Usus von Göttling, Rein und Becker.

II. Auf die Latiner
   1. die Confarreatio von Walter,
   2. die Coemtio von Bluntschli, Göttling, Danz, Rein, Becker.

III. Auf die Sabiner
   die Confarreatio von dem zuletzt genannten.

Die ursprüngliche Einheit der beiden Eheformen hat meines Erachtens derselbe Gelehrte S. 192 fl. überzeugend dargetan.

Wir wenden uns im folgenden dem Volk zu, das mit dem im bisherigen entwickelten Kapitel von Ideen und Einrichtungen seine Arbeit begann, und zwar nehmen wir den Bildungsprozeß desselben aus seinen verschiedenen ethnischen Elementen als bereits beschlossen an, es ist also das fertige römische Volk, mit dem wir es fortan zu tun haben, und dessen Begabung und Eigentümlichkeit, soweit dieselbe für die Aufgaben des Rechts in Betracht kommt, wir uns vergegenwärtigen wollen.

Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

1. Das Wesen des römischen Geistes und die Prädestination desselben für die Kultur des Rechts.

Tu regere imperio populos Romane memento.
Virg. Aen. VI, 852.

XX. Man hat die Bemerkung gemacht, daß die aus einer Mischung verschiedener nationaler Elemente entstandenen Völker sich durch nachhaltige Kraft auszeichnen, und für das römische Volk und dasjenige, welches unter den neueren die meiste Ähnlichkeit mit demselben hat, das englische, trifft diese Bemerkung in hohem Grade zu. Liegt der Grund darin, daß die Entstehung dieser Völker mit schweren Geburtswehen verbunden war, daß sie sich erst unter gewaltigen Anstrengungen, nach vorheriger Überwindung der durch die Verschiedenheit der Abstammung gegebenen Gegensätze, in Sitte, Recht usw. das Gut erwerben mußten, das andern Völkern als das bloße Resultat ihres längern Bestehens mühelos zufiel — die Nationalität? Übt die Kraftanstrengung, mit der die Existenz des Volks beginnt, eine dauernde Nachwirkung auf seinen Charakter aus? Der Grund liegt wohl in etwas anderem, nämlich darin, daß jener Bildungsprozeß die

Nationalitäten, die er zur Einheit verbinden soll, nicht bloß in ihrem innersten Wesen erregt und zersetzt, sondern von ihnen nur das Feste, Kernige, Eiserne übrig läßt. Das Feuer, das dem Metall unschädlich ist, verbrennt und vernichtet das Holz. Was von den Eigentümlichkeiten der verschiedenen Nationalitäten diese Feuerprobe nicht bestehen kann, geht unter; was sich gehalten hat und in der neu gebildeten Nationalität fortdauert, hat damit seine feuerfeste Natur bewährt. So gewinnt der Charakter des aus diesen Elementen gebildeten Volks an Energie, Ernst, Strenge, Härte, Lebensklugheit, was er an Kindlichkeit, Naivität, Laune und allen Eigenschaften, die eine gewisse Harmlosigkeit der Lebensanschauung und ein ungetrübtes äußeres Glück voraussetzen, einbüßt — ein Charakter, gemacht die Welt zu beherrschen, nicht, sie zu entzücken. Solche Völker sind es, die, wie sie ihrerseits die Werke der Phantasie von andern Völkern entlehnen müssen, letztern dafür ihre Einrichtungen und Gesetze zurückgeben. Denn sie mit ihrer nüchternen Lebensansicht und ihrer der Übereilungen und des Wankelmuts unfähigen Natur sind vor allem zur Kultur des Rechts berufen.

So ist also gleich die Bildungsgeschichte des römischen Volks für das Recht bedeutungsvoll. Die erste Szene der römischen Rechtsgeschichte beginnt mit einer Gegenüberstellung und folgeweise einer Kritik der Einrichtungen und Rechtsanschauungen, die jeder der drei Stämme, der latinische, sabinische und etruriſche mitbrachte, und endet mit einer Auswahl unter denselben von seiten des neu entstandenen römischen Volks. Die Geschichte hat es uns zwar verwehrt, einen Blick hinter den Vorhang zu werfen (S. 309), und öffnet ihn erst, als das römische Recht fertig dasteht. Aber können wir uns die Vorgeschichte in anderer Weise ausmalen? Wenn drei Völker mit verschiedenen Einrichtungen, Sitten und Rechtsansichten sich zu einem Staat zusammentun, und schließlich nur ein einziges Recht übrig bleibt, an dem keine Spuren nationalen Gegensatzes erkennbar sind, so muß notwendigerweise der Widerspruch ausgeglichen, d. h. also das eine

oder andere geopfert worden sein. Dieser Läuterungsprozeß, bei dem die Schlacken ausgeschieden wurden, und nur das Kernige zurückblieb, erforderte keine gewaltsamen Mittel. Wo Starkes und Schwaches sich im Leben zum freien Kampf begegnen, verleiht das innere Übergewicht, das jenem innewohnt, ihm von selbst den Sieg.

Drücken wir diesen Vorgang, bei dem die Stammesverschiedenheiten im Interesse des Staats überwunden werden, dahin aus, daß das Staats- und Rechtsprinzip hier das der Nationalität überwältigt, so haben wir damit bereits für das erste Auftreten Roms den Satz gewonnen, in dem auch die spätere Bedeutung Roms, dessen eigentümliche universalhistorische Stellung und Aufgabe beschlossen liegt. An keinen Namen knüpft sich so wie an den Roms der Gedanke eines Konfliktes zwischen dem Nationalitäts- und dem abstrakten Staats- und Rechtsprinzip oder, wenn man dabei auch die kirchliche Bedeutung des modernen Roms mit ins Auge fassen darf, der Gedanke des Gegensatzes der Nationalität und allgemeiner, supranationaler Tendenzen.[219a]) Die geistige Substanz, die Rom in sich birgt, ist ein Scheidewasser, das, sowie es mit dem lebendigen Organismus einer Nationalität in Berührung tritt, ihn schmerzhaft erregt, ja zersetzt und auflöst. Mit der eigenen nationalen Selbstüberwindung beginnt die Geschichte Roms, und der Kulminationspunkt derselben zeigt uns den römischen Staat, stehend an der Grenzscheide der antiken und modernen Welt, zu seinen Füßen zermalmt und zerrieben die Völker der damaligen Zeit. Nach dem Sturz dieser politischen Weltherrschaft erhebt sich auf derselben Stätte die Weltherrschaft der Kirche, eine Herrschaft des Geistes, mächtiger noch als die des Schwertes, und, als wäre dadurch jener Zentralisations- und Expansionstrieb des römischen Geistes Jahrhunderte nach dem Untergang des römischen Volks von neuem wieder angeregt,

219a) Des Zusammenhanges wegen nehme ich die Darstellung im Text aus der ersten Auflage hinüber, obschon dieser Gedanke bereits in dem § 1 der folgenden Auflagen weiter ausgeführt ist.

die Weltherrschaft des römischen Rechts. Wehe der Nationalität, wenn Rom sich naht — so möchte man ausrufen vom Standpunkt der Nationalität aus. Wenn wir aber gedenken, daß die Besonderheit und Trennung nicht das Ziel der Geschichte ist, sondern die Gemeinschaft und Einheit, daß die Individualität der Menschen und Völker durch das Moment der Allgemeinheit nicht zerstört, sondern geadelt und erhoben wird, dann werden wir in Rom nicht den Würgengel der Nationalitäten, den Geist, der bloß verneint, erblicken, sondern einen Träger und Vorkämpfer der Idee der Universalität gegenüber der einseitigen, beschränkten Herrschaft des Nationalitätsprinzips. Freilich ohne schmerzhafte Berührung fremder Nationalitäten hat Rom seine Aufgabe nicht erfüllen können. Wie die Schärfe des Schwertes den Völkern der alten Welt blutige Wunden schlug, so die Schärfe des Begriffs, die das römische Recht charakterisiert, dem nationalen Rechtsleben der modernen Welt. Aber Wunden und Schmerzen sind der Preis der Operation.

Von diesem Standpunkt aus begrüßen wir das römische Volk bei seinem Eintritt in die Welt mit den treffenden Worten Huschkes[220]) „als eins jener Zentralvölker, in denen sich die auseinandergegangenen Strahlen der Menschheit wie in einem Brennpunkt sammeln". Da schon seine Bildungsgeschichte uns Anlaß gegeben hat seiner Mission und Eigentümlichkeit zu gedenken, und da im spätern Verlauf der Darstellung das römische Volk gegenüber seinem Werk, dem Recht, zurücktritt, so halte ich es am geeignetsten, den Charakter des römischen Volks und dessen eigentümliche Prädestination zur Kultur des Rechts bereits an dieser Stelle zum Gegenstande der Betrachtung zu machen.

Der Nachweis jener Prädestination erfordert ein Eingehen in die Eigenschaften, den Charakter sowohl wie die intellektuelle Begabung des römischen Volks; nicht als ob daraus jene Prädestination selbst erklärt werden sollte — denn für sie läßt sich kein

220) Verfassung des Servius Tullius. Vorrede S. 17.

anderer Grund angeben, als daß einmal die Geschichte den Römern diese Mission der Kultur des Rechts zuerteilt hat. Nicht weil die Römer diese und jene Eigenschaften hatten, waren sie zur Kultur des Rechts prädestiniert, sondern umgekehrt, weil ihnen nach der Ökonomie der Geschichte diese Aufgabe zugefallen war, waren sie subjektiv zur Lösung derselben befähigt. Es ist aber von Interesse, diese Befähigung im einzelnen zu verfolgen; nachzuweisen, wie der historische Beruf der Römer ihr ganzes Wesen durchdringt, Eigenschaften, Kräfte, Einrichtungen hervorruft, die sämtlich dem Zweck jener Aufgabe dienstbar sind.

Es möge vorher noch mit wenigen Worten die angebliche Abstammung und Ähnlichkeit der Römer von und mit den Griechen berührt werden. In der Tat sind beide Völker in ihren Bestrebungen und in ihrer Begabung so unendlich verschieden, daß man Mühe hat, über der Verschiedenheit die Ähnlichkeit aufzufinden. Die Römer der späteren Zeit gefielen sich in der Idee von den Griechen abzustammen, und man beutete die vorhandenen Ähnlichkeiten in Sprache, Recht, Religion, welche teils und vorzugsweise die Reste der ursprünglichen Gemeinschaft aller indogermanischen Völker, teils die Resultate späterer Berührung beider Völker waren, in diesem Sinne aus. Es hat auch für die moderne Philologie eine Zeit gegeben, wo dieser Irrtum an der Tagesordnung und verzeihlich war, wo man sich für berechtigt halten konnte, insbesondere die Verwandtschaft der griechischen und lateinischen Sprache aus der Annahme zu erklären, daß letztere eine Tochter der ersteren sei.[221]) Das Studium des Sanskrit hat nachgewiesen, daß diese Annahme eine irrige, die lateinische

221) Diese Annahme hat auf die etymologische Bestimmung römischer Rechtsausdrücke und damit auf die Auffassung der durch sie bezeichneten Institute selbst einen sehr nachteiligen Einfluß ausgeübt, namentlich in Hüllmanns Grundverfassung und Ballhorn-Rosen, Über dominium. 1822. Noch mehr in desselben Verfassers Schrift: Zur Vorgeschichte des römischen Rechts. I 1853, wo es förmlich in Karikatur ausartet, s. darüber die Rezension in den neuen Jahrbüchern von Klotz, B. 70 S. 464 ff.

Sprache vielmehr eine Schwester der griechischen ist, welche die gemeinsame Muttersprache in vielen Stücken reiner und getreuer bewahrt hat als letztere.[222]) Das Verhältnis der Sprachen aber bezeichnet das der Völker selbst; sie sind Geschwister, die einst mit den übrigen indogermanischen Völkern unter einem Dache lebten, und als sie sich trennten, eine gemeinsame Ausstattung an Sprache, Sitte, Religion usw. mitbrachten.[223]) Aber wie verschieden entwickelte sich ihr Charakter nach jener Trennung, wie weit ging Recht, Religion, Sprache usw. bei den verschiedenen Völkern auseinander. Was insbesondere das Recht anbetrifft, so ist bis jetzt zwar der Versuch noch nicht gemacht, die Spuren der ursprünglichen Rechtsgemeinschaft aller indogermanischen Völker zu sammeln, allein so viel läßt sich schon jetzt sagen, daß die Sprache wenig Aufschlüsse gewähren wird. Für den Begriff sowohl wie für die meisten Institute des Rechts hat jede indogermanische Sprache eine andere, dieselben von einer verschiedenen Seite erfassende Bezeichnung. Was also auch die indogermanische Völkerfamilie an gemeinsamen Rechtseinrichtungen ursprünglich besaß, die Tätigkeit der Sprache in der Bezeichnung derselben, d. h. das Erwachen des Bewußtseins über dieselben, fällt in die Zeit nach der Trennung. Dies gilt insbesondere auch von dem Verhältnis des griechischen zum römischen Recht. So groß auch die Zahl der in der griechischen und lateinischen Sprache gleich lautenden und gleich bedeutenden Ausdrücke sein mag, die Rechtsterminologie beider ist völlig verschieden, jedes der beiden Völker hat also die begriffliche Erfassung und Gestal-

---

222) Pott hat sich an vielen Stellen seines oft zitierten Werkes hierüber ausgesprochen z. B. B. 1 S. XXVIII, S. 75, B. 2 S. 433 u. fl.

223) Ein gewisser Grad der Kultur war damals bereits erreicht. Das Gottesbewußtsein war entwickelt (in den meisten Sprachen hat sich noch das Wort dewa, Gott, erhalten. Pott, B. 1 S. LVI), die Stufe des Nomadentums zurückgelegt, man kannte Häuser, Dörfer, den Pflug, Mühlen usw. Vergleiche hierüber Kuhn, Zur ältesten Geschichte der indogermanischen Völker S. 12, 16, 17.

tung seines Rechts völlig selbständig vollbracht.[223a]) Was man auch an einzelnen Einrichtungen, Gesetzen, Gebräuchen, welche den Griechen und Römern gemeinschaftlich waren, aufzählen möge, auf keinem Gebiet läßt sich die Unabhängigkeit der Römer von den Griechen und die Eigentümlichkeit ihres ganzen Wesens so leicht und sicher erkennen als auf dem des Rechts.

Das Wesen des römischen Geistes.[224])

Haben wir oben die Bedeutung Roms in die Geltendmachung einer abstrakten Allgemeinheit in Staat und Recht gegenüber der Partikularität des Nationalitätsprinzips gesetzt, so könnte, wer vom römischen Volkscharakter nichts weiß, glauben, daß sein Wesen in kosmopolitischer Allgemeinheit bestände. Wer aber die Römer nur irgendwie kennt, weiß, daß kaum ein anderes Volk eine so

223a) So jetzt auch Mommsen, Röm. G. I S. 84 (A. 4) „Aber wie entschieden die Entwicklung des römischen Staatsrechts nach Rom oder doch nach Latium gehört, und wie wenig und wie unbedeutend das Geborgte darin ist, beweist die durchgängige Bezeichnung aller seiner Begriffe mit Wörtern latinischer Prägung.

224) Der Philosoph von Fach möge mir verzeihen, wenn ich mich im folgenden an eine Aufgabe der Philosophie der Geschichte wage, der meine Kräfte nicht gewachsen sind; hätte ich es gedurft, gern wäre ich ihr ausgewichen. — Daß eine Aufzählung aller Eigenschaften des römischen Charakters nicht genügt, brauche ich kaum zu sagen. Eine solche Aufzählung, die das ganze geistige und leibliche Besitztum des Volks inventarisiert und in ihrer Genauigkeit wohl gar auch den Haustieren als „Gehilfen des Menschen bei der Arbeit" (Hugo) einen freundlichen Blick zuwirft, erscheint mir nicht besser als die Charakteristik eines Steckbriefes. Man erfährt daraus, daß die allgemein menschliche Natur sich auch bei diesem Volk nicht verleugnet habe, diese und jene Eigenschaften sich hier in diesem und jenem Grade wiederfinden, aber das eigentliche Spezifische und durch eine bloße Addition der Eigenschaften nicht Wiederzugebende der Volksindividualität bleibt dabei unberücksichtigt. Auf letzteres, das allen jenen Eigenschaften Richtung und Ausdruck gibt, habe ich im folgenden mein Augenmerk gerichtet, ohne es für erforderlich zu halten, es ins einzelne hinein zu verfolgen.

unverwüstliche Nationalität besessen und so fest daran gehalten wie sie. Nicht der Absperrung bedurfte diese Nationalität, um sich zu behaupten, nicht der Abwehr fremder Elemente; im Gegenteil, sie forderte alle Völker heraus sich mit ihr zu messen, nahm massenweis fremde Elemente in sich auf, die, rasch zersetzt, sich dem römischen Wesen assimilierten, ohne ihrerseits beträchtliche Rückwirkungen auf dasselbe auszuüben. In der Blütezeit Roms, auf die wir uns bei dieser Charakteristik beschränken, steht die römische Nationalität da wie ein Fels im Meere, an dem die Völker der alten Welt wie Wogen sich brechen.

Wie verträgt sich mit dieser Energie, die das Nationalitätsprinzip in Rom entfaltete, jene universelle, antinationale Mission des römischen Volks? Das universelle Moment im römischen Charakter geht hervor aus einer Eigenschaft, die nach der einen Seite ebensowohl eine expansive, universelle, wie nach der andern eine kontraktive, exklusive Tendenz hat — der Selbstsucht. Die Selbstsucht, die sich selbst zum Mittelpunkt der Welt macht, alles nur auf sich bezieht, kommt nicht in Gefahr sich zu vergessen, ihre partikularistisch-exklusive Stellung aufzugeben; ihre Universalität besteht bloß darin, daß sie alles *begehrt*. Diese Expansionskraft des Begehrungsvermögens, wie sehr sie immerhin mit der engherzigsten Gesinnung verbunden sein möge, dient doch objektiv der Geschichte als ein sehr wirksames Mittel für den Gedanken der Universalität. Rom liefert uns dazu den glänzendsten Beleg.

Selbstsucht ist das Motiv der römischen Universalität, Selbstsucht — und damit wenden wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zu — der Grundzug des römischen Wesens. Es gibt eine kleinliche Selbstsucht, kleinlich in moralischer und intellektueller Beziehung, kurzsichtig in ihren Berechnungen, ohne Energie in der Ausführung, in augenblicklichen kleinlichen Vorteilen ihre Befriedigung findend. Es gibt aber auch eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich gesetzt hat, bewundernswürdig in ihren Konzeptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponierend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Hin-

gebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt. Diese zweite Art der Selbstsucht gewährt uns das Schauspiel der vollsten Anspannung der moralischen und intellektuellen Kräfte, sie ist die Quelle großartiger Taten und Tugenden. Kein Charakter ist so geeignet, um ihre Natur kennen zu lernen, als der römische. Es hat kein Interesse, die römische Selbstsucht in ihren nächsten kleinlichen Schwingungen zu verfolgen, in jenen Eigenschaften der Habsucht, des Geizes, der Härte und Lieblosigkeit usw.; hier zeigt sie sich in ihrer unerquicklichen Dürftigkeit und Beschränktheit. Aber in demselben Maße, in dem die Verhältnisse, in denen das Individuum steht, und die Zwecke, denen es sich widmet, sich steigern, werden die Einwirkungen der Selbstsucht unkenntlicher, ihre Formen erhabener, und auf dem Höhenpunkt römischer Größe, der Hingebung an den römischen Staat, überwindet sich sogar die individuelle Selbstsucht, um sich selbst und alles, was sie für sich erstrebt, der des Staats zum Opfer zu bringen.

Es klingt paradox, daß auch jene Eigenschaften des römischen Charakters, wie die Tapferkeit, Vaterlandsliebe, Religiosität, die Achtung vor dem Gesetz usw., Tugenden, die scheinbar keine Beziehung zur Selbstsucht haben oder wohl gar eine Entäußerung derselben voraussetzen, dennoch ihre Wurzeln in der Selbstsucht haben sollen. Um sich davon zu überzeugen, muß man nur den richtigen Standpunkt der Betrachtung wählen, nicht die römischen Individuen, sondern das Walten des römischen Volksgeistes ins Auge fassen.

Wenn ein Volk von einem Gedanken ganz und gar durchdrungen ist, wenn sein ganzes Wesen, Sein und Tun in diesem einen Gedanken aufgeht, so gestaltet sich natürlich der Charakter desselben dementsprechend. Die Tugenden, die Kräfte kommen zur Entwicklung, die jenem Zwecke am förderlichsten sind. Jene Selbstsucht aber, die wir oben charakterisiert haben, erfordert zu ihrem moralischen Apparat eine hohe Energie des Charakters, Tapferkeit, Selbstüberwindung, Ausdauer, Hingabe des Individuums an den allgemeinen Zweck, kurz die Eigenschaften, die wir

bei den Römern wahrnehmen. Objektiv betrachtet, sind dieselben also der nationalen Selbstsucht dienstbar, wenn auch subjektiv die Ausbildung und Betätigung derselben gerade eine Selbstverleugnung enthalten sollte. Das einzelne Subjekt wird hier ohne sein Wissen und Wollen durch den Nationalgeist bestimmt; ob es sich seiner Bestimmung bewußt ist oder nicht, ist völlig gleichgültig. Von seinem Standpunkt aus mag die einzelne Handlung aus dem Pflichtgefühl oder unmittelbar aus dem unbewußten Drange der innersten Natur heraus hervorgegangen sein; daß es diese Natur hat, daß ihm dies als Pflicht erscheint, das ist dem Walten des Nationalgeistes zuzuschreiben. Letzterer gestaltet den Volkscharakter, die sittlichen Institutionen, das ganze Leben in der Weise, in der sie seinen Zwecken am förderlichsten sind.

An diesem Objektivierungsprozeß der nationalen Selbstsucht hat allerdings auch die Reflexion, die bewußte Berechnung ihren Anteil. Den Römern war es Bedürfnis, die Dinge selbsttätig zu gestalten, es widerstrebte ihnen, sie nach der Theorie der Naturwüchsigkeit sich selbst zu überlassen. Es ist bereits früher (S. 97) darauf aufmerksam gemacht, wie dieser Zug auch in der römischen Sage hervortritt, und keiner, der mit dieser Rücksicht die römische Welt betrachtet, wird den großen Anteil, den die Reflexion, Absichtlichkeit usw. an ihr hat, verkennen können; überall ist ein Trieb nach intellektueller Erfassung und Beherrschung des Vorhandenen sowie die nachhelfende und organisierende Hand des Menschen wahrnehmbar. „Kein Teil des Staatslebens," sagt einer der besten Kenner des römischen Altertums,[224a]) „blieb, wie die Gestalt aller Institute desselben beweist, der spontanen Bewegung überlassen, noch beruhte er auf einer Masse unverbundener Traditionen; überall gibt sich das Bestreben kund, einen obersten Grundsatz zum Bewußtsein zu bringen und ihn mit der strengsten Konsequenz durch die Einzelheiten aller Regeln, Formen, Symbole durchzuführen." Aber die Hauptrolle bei

224a) Rubino a. a. O. S. 205.

allem diesem spielte doch der unvergleichliche nationale Instinkt. Was ist dieser Instinkt, ist er eine Naturanlage, die sich nicht weiter begründen läßt, eine primäre Eigenschaft des römischen Geistes? Ich erblicke in ihm nur die Folge jener Richtung auf praktische Zwecke, jener zur zweiten Natur gewordenen Gewohnheit der Römer, ihre ganze geistige und moralische Kraft im Dienst der Selbstsucht zu verwenden. Die Römer konnten, möchte ich behaupten, nichts Zweckwidriges tun; bewußt oder unbewußt betrachten sie alles unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit, und wie die Griechen auch ohne Absicht und Bewußtsein das Schöne finden, weil ihr ganzes Wesen von der Idee des Schönen durchdrungen ist, so treffen die Römer mechanisch das Zweckmäßige.

Die Idee der Zweckmäßigkeit also ist das Prisma römischer Anschauung, und den schlagendsten Beweis dafür bietet uns die römische Götterwelt.[225]) Die Römer konnten nur anerkennen und ehren, was einen Zweck hatte; Götter, die ohne bestimmten Beruf bloß sich selbst gelebt hätten, wären ihnen als Müßiggänger erschienen. Darum hatte jeder römische Gott seinen praktischen Wirkungskreis, sozusagen seinen Posten, für den und von dem er lebte. Das Prinzip der Teilung der Arbeit war in der römischen Götterlehre ins Lächerliche getrieben, die römische Erfindungsgabe war unerschöpflich darin, neue Geschäftszweige, Verrichtungen und Handlangerdienste aufzusuchen, wofür sich ein besonderer Gott anstellen ließ. Es gab kein Interesse, so nichtig und unbedeutend, keinen Moment des menschlichen Lebens: von der Geburt bis zum Tode, des Landbaus: von der Saat bis zur Ernte usw., dessen Obhut der prosaische Sinn der Römer nicht irgend einem sehr langweiligen Gott anvertraut hätte.[226])

225) Ich verweise des weitern auf Hegel in seiner Religionsphilosophie Teil 2, Abschn. 2, der die römische Religion ganz treffend als die Religion der Zweckmäßigkeit bezeichnet.

226) Ich verweise vor allem auf die Abhandlung von Ambrosch über die Religionsbücher der Römer, Bonn 1843, S. 11 u. fl.

Diese Götter gehen wie die Römer selbst ganz und gar in ihren Zwecken auf, sie sind nichts als personifizierte Zwecke.

Auch die Religiosität der Römer, von ihnen selbst und andern so viel gepriesen, war im wesentlichen durch das Motiv der Zweckmäßigkeit oder der Selbstsucht bestimmt. Die Römer ehrten die Götter, nicht, weil sie Götter waren, sondern damit letztere ihnen dafür ihren Beistand zuwendeten. Das Maß der Beistandsbedürftigkeit, der Not, in der man sich befand, war zugleich das der römischen Religiosität. Natürlich unterhielt man auch in glücklichen Zeiten ein gutes Vernehmen mit den Göttern und ließ es an nichts fehlen, worauf sie einmal ein Recht hatten; man zahlte ihnen, wenn es erlaubt ist, das obige Bild weiter auszuführen, ihren Gehalt, den Preis, um den sie im allgemeinen Rom ihre Gunst bewahrten, unverkürzt aus. Begehrte jemand aber außergewöhnliche Dienstleistungen von ihnen — der Staat, wie die einzelnen —, so mußte er, da auch die Götter nichts umsonst taten, sie dafür entsprechend bezahlen. Eine beliebte Form, die Götter zu gewinnen, war das Votum; beliebt nämlich, weil man dabei am sichersten ging, d. h. den Göttern erst seinerseits das Versprochene zu leisten hatte, nachdem sie ihrerseits den erwarteten Dienst erwiesen hatten. Das Votum erhielt eine Übertragung des Obligationenrechts auf die Götter und bewegte sich auch in der Terminologie desselben.

Je mehr dies Urteil über die römische Religiosität, das den Egoismus zur Triebfeder derselben macht, auf Widerspruch gefaßt sein muß, und je weniger der Versuch einer ausführlichen Begründung desselben hier am Ort sein würde, um so mehr muß ich an die obige Bemerkung von dem instinktartigen Walten des römischen Geistes erinnern. Es ist nicht meine Meinung, als ob bewußte Absicht und Berechnung in Rom mit den heiligsten Dingen ihr Spiel getrieben hätten,[227]) aber ebensowenig kann

227) Dies ist natürlich schon behauptet, es entsprach der rationalistischen Ansicht, die in der Religion nur ein Werk der Täuschung und Berechnung zu erblicken vermochte. So z. B. Buchholz, Philosoph. Untersuchungen

ich glauben, daß in der Religion allein sich die römische Sinnesweise sollte verleugnet haben. An einer andern Stelle (§ 21) erhalten wir Gelegenheit, zu zeigen, wie die religiösen Institutionen sich den Zwecken des römischen Staats fügten. So verkehrt es sein würde, auf Grund dieser Tatsache den Römern die Meinung unterzuschieben, als ob diese Institutionen und die Götter selbst nur ein Werkzeug in den Händen des römischen Staats seien, so ist doch so viel gewiß, daß objektiv jene Institutionen dem Staat die wesentlichsten Dienste leisteten. Den Grund davon kann man aber nur in jener Eigenschaft des römischen Geistes suchen, vermöge deren er allem und jedem, was innerhalb der römischen Welt zur Erscheinung kam, wie wenig es auch seinem Ursprunge nach mit der Nützlichkeitsidee in Beziehung stand, eine praktische Seite abzugewinnen wußte.[228])

Bewährte sich dieser Trieb auf dem religiösen Gebiet, um wieviel mehr auf dem profanen.

Die römische Welt, im ganzen und großen erfaßt, läßt sich mit einem Wort als der Triumph der Idee der Zweckmäßigkeit bezeichnen; sie selbst sowie alle intellektuellen und moralischen Kräfte, die innerhalb derselben tätig werden, sind der Zwecke wegen da, mit Rücksicht auf sie bestimmt und gestaltet. Die Selbstsucht ist die Triebfeder des Ganzen; jene ganze Schöpfung mit allen ihren Institutionen und allen den Tugenden, die sich an ihr betätigen, ist nichts als die Objektivierung oder der Organismus der nationalen Selbstsucht.

über die Römer. 3 B. Berlin 1819, B. 1, S. 144 u. fl., ein Werk, in dem die Philosophie außer auf dem Titel nicht sichtbar wird. Die religiösen Feste werden S. 147 für nichts weiter erklärt, „als Mittel, wodurch die römische Regierung die Aufmerksamkeit des großen Haufens von sich ab und auf andere Gegenstände hinleitete".

228) An dem englischen Volk kann man ähnliche Beobachtungen machen. Wie manche Erscheinung läßt sich auch bei ihm aufführen, die aus sittlichen Motiven hervorgegangen, wie z. B. die Sklaven-Emanzipationsbestrebungen, das Missionswesen usw., deren sich sofort der praktische Geist der Nation zu politischen Zwecken mit großem Erfolg bemächtigt hat.

Dieser Ausdruck drückt vielleicht am kürzesten die Art und Weise aus, in der sich diese Selbstsucht betätigte. Die römischen Institutionen, Tugenden usw. ordnen sich zu einem Organismus zusammen, der durch den Gedanken der Selbstsucht in Bewegung gesetzt wird. Diese Triebkraft aber offenbart sich nur in der Struktur und Tätigkeit des Ganzen, nicht der einzelnen Teile; letztere werden nicht selbständig durch dies Motiv, sondern durch das Bedürfnis des Gesamtorganismus bestimmt, und gerade dadurch, daß sie den unmittelbaren Einflüssen der Selbstsucht nicht ausgesetzt sind, werden sie um so geeignetere Werkzeuge derselben. Die Virtuosität der römischen Selbstsucht bewährt sich daran, daß sie stets den Gesamtzusammenhang vor Augen hat und nie auf Kosten desselben eine momentane Befriedigung erstrebt.

Machen wir dies durch Beispiele klar. Die kleinliche, kurzsichtige Selbstsucht hat nur den einzelnen Vorteil im Auge, sie verfolgt ihn nötigenfalls auf Kosten des Rechts, der Ehre, des Vaterlandes, kurz in einer Weise, die, wenn sie allgemein wäre, die zweckwidrigste von der Welt wäre. Der Römer hingegen weiß, daß sein individuelles Wohl durch das des Staats bedingt ist, sein Egoismus umspannt also mit ersterem zugleich auch den Staat. Er weiß, daß strenge Befolgung und Handhabung der Gesetze dem allgemeinen und folglich auch seinem eigenen Interesse entspricht. Er weiß, daß Vorteile, die durch Ehrlosigkeit, Feigheit usw. erkauft werden, bloß scheinbare sind, daß die Selbstsucht nur in Verbindung mit der Ehre, Tapferkeit, Rechtlichkeit usw. dauerhafte Resultate erringen kann. Dies Wissen ist aber zugleich ein Sollen und Wollen, d. h. das nationale Pflichtgefühl gebietet dem Römer eine solche Handlungsweise, und die Energie des Volks bewährt sich daran, daß dasselbe diesem Pflichtenkodex der nationalen Selbstsucht unverbrüchlich nachlebt. So verfolgt denn der Römer nicht den subjektiven Vorteil auf Kosten des Staats, nicht den momentanen Gewinn auf Kosten des Endziels, nicht die materiellen Güter auf Kosten der immateriellen, sondern er ordnet das relativ

Niedrige dem relativ Höhern, das Einzelne dem Allgemeinen unter.[228a]) Und schließlich alles dies doch nur im Interesse einer weitsichtigen Selbstsucht. Faßt man eine einzelne Tugend ins Auge, die Tapferkeit, die Vaterlandsliebe, die Achtung vor dem Gesetz u. a., so ist die Beziehung derselben zur Selbstsucht gar nicht wahrzunehmen, ja sie scheint geradezu eine Entäußerung derselben zu enthalten. Es ist nicht anders, als wenn man aus dem Leben eines Individuums einzelne Akte der Selbstüberwindung herausgreifen wollte, die, in der Tat weit entfernt, eine Verleugnung egoistischer Gesinnung zu bezeugen, gerade eine Betätigung derselben enthalten — jene Opfer der relativ niedrigen Regungen der Selbstsucht, die um so unerläßlicher sind, je entfernter und großartiger das endliche Ziel ist, das man sich gesteckt hat. Die römische Selbstsucht beschränkt sich darauf, den Operationsplan zu diktieren, jeder Kraft die richtige Stellung anzuweisen und ihr die Behauptung derselben zur Pflicht zu machen. Diese Kräfte und Bestrebungen aber nehmen die Vorstellung des großen Ziels sowie das Bewußtsein, daß ihre Tätigkeit zur Erreichung desselben unerläßlich ist, mit sich auf den Weg. Dies genügt ihnen, damit ist ihre Selbstsucht abgefunden, und jetzt reflektieren, fragen und zweifeln sie nicht, sondern sie handeln und handeln mit ganzer Hingebung, unermüdlicher Ausdauer, voller Energie.

So läßt sich der römische Charakter mit seinen Tugenden und Fehlern als das System des disziplinierten Egoismus bezeichnen. Der Hauptgrundsatz dieses Systems ist, daß das Untergeordnete dem Höhern, das Individuum dem Staat, der einzelne Fall der abstrakten Regel, der Moment dem dauernden Zustand geopfert werden müsse. Diese Anforderung, objektiv in der Tat nichts

---

228a) In dieser rein utilitarischen Weise hat Bentham den Tugendbegriff überhaupt erfassen wollen. „Die Tugend ist die Aufopferung eines schwächeren Interesses für ein stärkeres, eines augenblicklichen für ein dauerhaftes, eines ungewissen für ein gewisses.“ Prinzipien der Gesetzgebung, herausgegeben von Dumont (Übersetzung, Köln 1833. S. 23). Diese Definition hätte einem alten Römer Ehre gemacht.

als ein Ausfluß der Zweckmäßigkeitsidee, ist durch die nationale Ansicht zur ethischen Notwendigkeit, Sittlichkeit, Pflicht gestempelt, und die gewaltige moralische Kraft des römischen Volks bewährt sich vor allem an der Bereitwilligkeit, mit der es sich diesem, wenn ich so sagen darf, konventionellen Pflichtenkodex fügt, sich der durch die bloße Nützlichkeitsidee diktierten Notwendigkeit unbedingt unterwirft. Sich selbst zu bezwingen ist schwerer als andere. Ein Volk, dem bei der höchsten Freiheitsliebe dennoch die Tugend der Selbstüberwindung zur zweiten Natur geworden, ist zur Herrschaft über andere berufen. Aber der Preis der römischen Größe war freilich ein teurer. Der unersättliche Dämon der römischen Selbstsucht opfert alles seinem Zweck, das Glück und Blut der eigenen Bürger wie die Nationalität fremder Völker. Gemüt und Phantasie schrecken vor seinem eisigen Hauch zurück, die Grazien fliehen seine Nähe; für ihn selbst hat nur Wert, was Zweck oder Mittel zum Zweck ist. Die Welt, die ihm gehört, ist eine frostige, der schönsten Güter beraubte, eine Welt der abstrakten Maximen und Regeln — eine großartige Maschinerie, bewundernswürdig durch ihre Festigkeit, die Gleichmäßigkeit und Sicherheit, mit der sie arbeitet, durch die Kraft, die sie entwickelt, alles zermalmend, was sich ihr widersetzt, aber eben eine Maschine; ihr Herr war zugleich ihr Sklave.

Die bisherige Darstellung hat uns den Weg gebahnt zu einer Aufgabe, mit der wir uns dem eigentlichen Gegenstand dieser Schrift, dem Recht, wieder nähern. Es ist die Prädestination des römischen Volks zur Kultur des Rechts. Das Recht ist der höchste Elevationspunkt der römischen Welt. Wer sie und das römische Wesen kennen lernen will, muß sich auf diesen Punkt versetzen. Nicht bloß die Sinnes- und Denkweise der Römer, sondern ihre ganze moralische und intellektuelle Begabung tritt uns hier in klarster, schärfster Beleuchtung entgegen. Wer die Schriftzüge des Rechts zu lesen versteht, dem melden sie mehr von den Römern, als alle Berichte ihrer Historiker.

Aus der obigen Entwicklung über das Wesen des römischen

Geistes ergibt sich, warum und nach welcher Seite hin derselbe in so hohem Grade zur Kultur des Rechts berufen war. Das Recht ist die Religion der Selbstsucht,[228b]) am Recht kann und darf die Idee der objektiven Zweckmäßigkeit, wenn auch nicht ausschließlich, so doch in einem ausgezeichneten Grade sich betätigen, und gerade nach dieser Seite hin hat der römische Geist das Recht erfaßt und ausgebildet. Den Römern ist es von alters her gelungen, das Recht aus dem Bereich des Gemüts und Gefühls in das des berechnenden Verstandes zu versetzen, aus dem Recht einen von den Einflüssen der momentanen subjektiv-sittlichen Ansicht unabhängigen äußeren Mechanismus zu machen, den jeder, sei er Römer oder Nichtrömer, sobald er die Konstruktion desselben kennen gelernt hat, handhaben kann. Diese Losreißung des Rechts vom subjektiv-sittlichen Gefühl, seine Veräußerlichung und Objektivierung ist für die Geschichte des Rechts dasselbe, was für die Kulturgeschichte die Erfindung der Buchstabenschrift — das Recht ist damit darstellbar und lesbar geworden. Sie bezeichnet den Sieg der Zweckmäßigkeitsidee über das subjektive Sittlichkeitsgefühl: erst von jetzt an kann erstere ihre Tätigkeit am Recht ungestört entfalten.

Nicht der einzelne Fall aber ist Objekt ihrer Tätigkeit, sondern die abstrakte Regel. Der einzelne Fall wird der allgemeinen Regel untergeordnet, geopfert; es ist dieselbe Hingabe des relativ Niedrigen an das Höhere, die wir oben (S. 325) als charakteristischen Zug der römischen Zweckmäßigkeitstheorie haben kennen lernen. Diese Unterordnung ist ein Postulat der Zweckmäßigkeit, sie gewährt dem Verkehr erst die nötige Sicherheit, indem sie ihm gleichmäßige, im voraus zu berechnende Entscheidungen der Rechtsstreitigkeiten in Aussicht stellt. Die praktische Verwirklichung dieser Unterordnung aber ist in der Tat nicht

228b) Dieser Ausspruch ist von Röder, Grundzüge des Naturrechts, B. 1, S. 61, Anm. 2, fälschlich so verstanden, als hätte ich damit das Wesen des Rechts an sich wiedergeben wollen, während ich doch angeben will, wie die Selbstsucht dasselbe erfaßt.

so leicht, wie sie scheint: nur zu oft setzt das subjektive Rechtsgefühl ihr Widerstand entgegen, und es gehört Charakterfestigkeit oder die Sicherheit einer habituellen juristischen Anschauungsweise dazu, um diesem Widerspruch jeden Einfluß auf sich zu versagen, die abstrakte Regel der Regel wegen anzuwenden. Diese rücksichtslose Unterordnung des einzelnen Falls unter die abstrakte Regel, ich möchte sie die Tyrannei der juristischen Disziplin nennen, war den Römern von früh auf ebenso geläufig und verständlich als die unerbittliche Handhabung einer eisernen militärischen Disziplin im Felde. Wir werden sehen, daß das römische Recht der einen Eigenschaft nicht weniger seine Größe verdankt als der römische Staat die seinige der andern.

Nicht das sittliche Gefühl, nicht die Gerechtigkeit erfordert diese eiserne Disziplin — ich kann es nicht genug hervorheben, sondern bloß die Zweckmäßigkeit. Die wahre Gerechtigkeit begehrt etwas mehr als jene mechanische Gleichheit, die das Resultat einer solchen Tyrannei der toten Regel ist, die echte, innere Gleichheit, die ihr entspricht, ist auf diesem Wege nicht zu gewinnen. Das unbefangene sittliche Gefühl sträubt sich dagegen, daß eine Rechtsfrage wie ein Rechenexempel gelöst, das Recht zu einer Maschine erniedrigt werden soll. Ich müßte die Charakteristik des zweiten Systems hier antizipieren, um nachzuweisen, wie sehr die oben entwickelte Richtung des römischen Geistes auf praktische Zwecke vorteilhaft auf die technische Ausbildung des Rechts eingewirkt hat. Da im System des disziplinierten Egoismus das Recht eine Hauptstelle einnimmt, so lag es in der Natur der Dinge, daß die Römer ihr Hauptaugenmerk auf das Recht richten mußten.

Wie sehr die Römer diese Nötigung begriffen, wie sehr es sie von jeher zum Recht hinzog, und welche hervorragende Stelle dasselbe im Gegensatz zur griechischen in der römischen Lebensanschauung einnahm, ist zur Genüge bekannt. Was dem Volke Gottes die Religion, dem griechischen die Kunst, das war den Römern das Recht und der Staat: der Gegenstand des National-

ſtolzes allen fremden Völkern gegenüber, der Punkt, an dem ſie ſich ihrer Überlegenheit am ſicherſten bewußt waren, der Magnet des Ehrgeizes und der Kraft. Wenn das Volk Gottes ſeine Propheten, wenn Griechenland ſeine Philoſophen, Künſtler und Dichter am höchſten ſtellte, ſo traf dieſe Verehrung in Rom die Bürger, die ſich um den Staat verdient gemacht oder das Recht, ſei es durch ihre Handlungsweiſe, wie Brutus und Regulus verherrlicht oder durch ihren Scharfſinn gefördert hatten. Welche Schätzung ein Volk für irgend einen Beruf, eine Kunſt oder Wiſſenſchaft uſw. empfindet, dafür bietet die Achtung, die es den Individuen, welche ſich dem fraglichen Beruf widmen, erweiſt, den untrüglichſten Maßſtab dar. Rom trieb die Künſtler aus der Stadt, die Perſonen geiſtlichen Standes bildeten als ſolche jedenfalls in ſpäterer Zeit nicht den Gegenſtand einer ſonderlichen Verehrung,[229]) wenigſtens genoſſen ſie keine eigentliche Liebe, aber die Juriſten haben ſich nirgends einer größeren Popularität, eines höhern Einfluſſes und höherer Achtung erfreut als in Rom. Die Anziehungskraft, welche das Recht auf die Römer ausübte, beruhte nicht bloß auf der Befriedigung, welche die Beſchäftigung mit ihm dem Verſtande und dem juriſtiſchen Sinne gewährte, das Recht war ihnen mehr als eine bloße Quelle intellektuellen Genuſſes und Wohlgefallens, es war ihnen ein Gegenſtand moraliſcher Erhebung. Nicht das ſtellten ſie zu oberſt, daß kein Volk ſo weiſe Geſetze, ſo erprobte Einrichtungen beſitze, kein Volk es in der Erkenntnis des Rechts ſo weit gebracht wie ſie; höher ſtand ihnen der Ruhm, daß nirgends das Recht die hohe Achtung, die rückſichtsloſe Anerkennung, die Sicherheit der unverbrüchlichen Verwirklichung finde, wie in Rom.[229a]) Dieſe moraliſche Achtung

229) S. den folgenden Paragraphen.

229a) S. die Ausſprüche bei Cicero de orat. I, 44; de off. II, 20 i. f. fundamentum ... justitia, sine qua nihil potest esse laudabile; de nat. deor. I, 2 una excellentissima virtus justitia. Val. Max. VI, 5 justitiae pracipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas.

vor dem Recht, die bereitwillige Unterordnung des Römers unter die Satzungen des Rechts, die Gerechtigkeitsliebe des Volks, der Abscheu desselben vor Rechtsverletzungen, das Gefühl der Sicherheit, das in Rom das Recht verlieh, das Vertrauen auf den Sieg desselben, kurz der gesunde, kräftige, männliche Rechtssinn, das war es, was den Römer mit Stolz erfüllte. Glänzende Proben einer solchen Gesinnung stellte die öffentliche Meinung ebenso hoch, wie es grobe Verstöße gegen dieselbe brandmarkte. Eine Rechtsverletzung führte den Sturz des Königtums und des Dezemvirats herbei; den Anfang der neuen Zeit, die Einführung der Republik, bezeichnete ein Triumph der Gerechtigkeit über die elterliche Liebe, die Hinrichtung der Söhne des Brutus durch den eigenen Vater — ein Seitenstück zu dem Strafgericht des Romulus an seinem Bruder (Note 191), mit dem die Gründung Roms begonnen hatte —, jeder wichtige Moment der älteren Geschichte ist durch einen Triumph der Rechtsidee verherrlicht.

Diese moralische Macht des Rechts über die Gemüter verleugnete sich selbst im Verkehr mit fremden Völkern nicht. Mit welcher Spitzfindigkeit der römische Staat es auch verstand, ihnen aus dem Buchstaben des Rechts einen Strick zu drehen und die Politik in den Mantel des Rechts zu hüllen, ihre Politik erkannte sich gebunden durch die Prinzipien des Rechts und wagte ihnen nicht offen Hohn zu sprechen. Dieselben völkerrechtlichen Grundsätze, die Rom gegen andere Völker geltend machte, erkannte es in ihrem ganzen Umfang ebenfalls gegen sich selbst an. Einem solchen Volke war es daher auch Bedürfnis und blieb es vorbehalten, den privatrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen zuerst juristisch zu organisieren (jus gentium).

Haben wir im bisherigen die vorwiegende Richtung des römischen Geistes auf das Recht als eine notwendige zu zeigen versucht, so reiht sich daran die Frage, welche Mittel standen demselben zu Gebote, um seine Aufgabe am Recht zu erfüllen, welchen Umständen, welchen Eigenschaften des römischen Volks usw. haben wir es zuzuschreiben, daß ihm jene Aufgabe in einem so

hohen Grade gelang. In der Regel beantwortet man diese Frage mit einer Verweisung auf die intellektuelle Begabung der Römer, ihren scharfen, zersetzenden Verstand, ihren praktischen Takt usw., und der Einfluß dieses Moments liegt offen vor. Aber was man nur zu oft vergißt, und was doch meiner Ansicht nach für das ältere Recht ungleich wesentlicher ist, ist die moralische Kraft, die Willensenergie des römischen Volks.

Das Recht ist nicht Überzeugung, Ansicht, Wissen usw., kurz keine intellektuelle Potenz, sondern eine moralische, es ist Wille. Nur der Wille vermag dem Recht das zu geben, worin das Wesen desselben beruht — die Wirklichkeit, nur er hat eine real gestaltende, schöpferische Kraft. Ein Volk möge immerhin intellektuell noch so begabt sein; fehlt ihm die moralische Kraft, die Energie und Beharrlichkeit des Willens, so wird das Recht bei ihm nie gedeihen. Seine Gesetze sind nichts anderes als die guten Vorsätze eines charakterlosen Menschen, Eingebungen des Augenblicks, welche die Wirklichkeit Lügen straft und der folgende Augenblick verdrängt. Nur diejenigen Rechtssätze und rechtlichen Institutionen haben festen Bestand, die wie die Vorsätze eines charakterfesten Menschen die Willenskraft hinter sich haben, und dieser Bestand ist wiederum die Voraussetzung ihrer technisch-juristischen Durchbildung und Vollendung. Wie kann das geistige Auge des Verstandes ein Recht erforschen, das sich im ewigen Zustande des Zitterns und Schwankens befindet? und dies ist der Fall, wenn der nationale Wille nicht die Kraft besitzt, es mit fester Hand zu halten. Wie wenig verlockend, wie undankbar entgegengesetztenfalls der Beruf des Juristen, der unsteten, wankelmütigen Wirklichkeit eine Theorie abzugewinnen! Die bessern geistigen Kräfte der Nation wenden sich mit Unmut von dieser Beschäftigung ab; die philosophische Ergründung des Rechts mag sie anziehen — die juristisch-praktische und theoretische Bearbeitung des positiven Rechts wird es nicht vermögen. Darum kann eine Jurisprudenz nur bei einem willensstarken Volk wahrhaft gedeihen; ohne Liebe, ohne Hingabe an ihre Aufgabe ist sie ein

kümmerliches Ding, dieſe Liebe aber iſt nicht möglich, wenn das Recht in ſich ſelber keinen feſten Halt hat. Und wo das Volk ihn nicht beſitzt, wie ſollte das Recht dazu kommen?

Kein Recht iſt geeigneter, uns dieſe Bedeutung des Willensmoments und dieſe Wechſelwirkung zwiſchen moraliſcher und intellektueller Kraft zu veranſchaulichen als das ältere römiſche. Was jene beiden Kräfte aus dem älteren römiſchen Recht gemacht haben, und wie ſie in den Inſtituten desſelben im einzelnen ſich betätigt haben, wird das folgende Syſtem lehren, hier ſoll es unſere Aufgabe ſein, die Bedeutung des Willensmoments für das Gedeihen des älteren Rechts im allgemeinen zu veranſchaulichen und damit zugleich die obige Behauptung über die Abhängigkeit der *techniſchen* Vollendung des *Rechts* von der *moraliſchen* Qualifikation des Volks des nähern zu begründen.

Zwei Eigenſchaften des römiſchen Volks ſind es, die in der Geſchichte ſeines Rechts ſich unausgeſetzt betätigen, und die ſich beide als Ausflüſſe und Merkmale eines feſten energiſchen Willens darſtellen: die eiſerne *Konſequenz* und der zähe *konſervative Sinn*. Etwas *wirklich* wollen, heißt es *ganz* und *dauernd* wollen; Konſequenz und Ausdauer ſind die Kennzeichen und unzertrennlichen Begleiter des echten Willens in Dingen des praktiſchen Lebens.

Der Verſtand mag die Konſequenzen ziehen, aber der Wille iſt es, der ſie verwirklicht. Wenn das römiſche Recht ſich mehr als irgend ein anderes durch ſeine ſtrenge Logik auszeichnet, ſo gebührt das Verdienſt nicht ſo ſehr dem Verſtande, der ſie *erkannte*, als dem Willen, der ſie *verwirklichte*, d. h. ſich praktiſch ihr unterordnete. Dieſe bereitwillige Unterordnung des römiſchen Volks unter das Gebot der Konſequenz iſt viel bewundernswürdiger als die vorausgehende Anſpannung der Denkkraft. Andere Völker haben für die religiöſen Überzeugungen gelitten, das römiſche Volk für ſeine rechtlichen. Daß die römiſche Rechtswiſſenſchaft ein einfaches, konſequentes Recht vorfand, das war das *moraliſche* Verdienſt des frühern römiſchen Volks, das

trotz seines Freiheitsgefühls sich das Joch einer rücksichtslosen Konsequenz jahrhundertelang hatte gefallen lassen. Daß es ein Joch war, und worin das Drückende desselben bestand, wird das folgende System zeigen.

In enger Verbindung mit dem Gesagten steht die dem Kenner des römischen Rechts so gut bekannte eigentümliche Weise der Römer, die unbequeme Konsequenz mit dem praktischen Bedürfnis durch Kunstgriffe aller Art: Scheingeschäfte, Umwege, Fiktionen (§ 56—58), zu vermitteln. Der moralische Widerwille der Römer gegen eine Mißachtung der einmal anerkannten Prinzipien drückt und preßt, möchte ich sagen, den Verstand, seinen ganzen Scharfsinn aufzubieten, um Mittel und Wege zu finden, durch die jene Versöhnung der Konsequenz mit dem praktischen Bedürfnis sich erreichen läßt. Die Not macht erfinderisch. Allerdings tragen die Erfindungen, welche sie den Römern eingegeben hat, mitunter ein höchst seltsames, fast abenteuerliches Gepräge, und der Nichtjurist wird sich eher versucht fühlen, sie zu verlachen und zu verspotten, als in ihnen eine beachtenswerte Leistung zu erblicken, aber gleichwohl steht es doch fest, daß der Konflikt zwischen der Konsequenz und dem praktischen Bedürfnis die juristische Erfindungsgabe der Römer zum größten Vorteil der technischen Vollendung des Rechts in hohem Grade angespannt hat. Ein minder willenskräftiges Volk wird diesen moralischen Notstand und damit auch den vorteilhaften Einfluß desselben auf die juristische Ausbildung seines Rechts nie erproben; wo die Konsequenzen des Rechts zu praktischen Unzuträglichkeiten führen, setzt es sich einfach über sie hinweg.

Ganz denselben Einfluß äußerte die zweite obengenannte nationale Eigenschaft der Römer, ihr konservativer Sinn. Auch sie bewährte sich als ein sehr wirksamer Hebel der juristischen Erfindungskraft. Die Bedürfnisse der Gegenwart mit den Traditionen der Vergangenheit zu vermitteln, ersteren gerecht zu werden, ohne nach Form und Inhalt mit den Überlieferungen der Vorzeit zu brechen, den Verkehr zu disziplinieren, die rechtsbildende

Kraft in die gewohnten Bahnen zu leiten, das war jahrhundertelang in Rom der edle, echt vaterländische Beruf der juristischen Kunst. In demselben Maße, in dem die Schwierigkeiten dieser Aufgabe sich steigerten, stieg sie selbst.

Auch der Orient ist konservativ, er steht mit seinen Anschauungen und Einrichtungen im wesentlichen noch heute auf derselben Stufe wie vor einem Jahrtausend. Aber der Konservativismus des Orients ist nur die Kehrseite einer negativen Eigenschaft, der mangelnden Bildungfähigkeit, er ist nicht das Erzeugnis der Kraft, sondern der bloßen vis inertiae. Und auch auf heimischem Grund und Boden begegnen wir nicht selten einer Sinnesweise, die sich für konservativ auszugeben liebt; der Konservativismus des Eigennutzes, der Bequemlichkeit, der Angst, welche nicht den Mut hat, einer neuen Zeit ins Angesicht zu blicken und durch seine Kurzsichtigkeit seinen eigenen Bestrebungen mehr hinderlich als förderlich wird. Das ist nicht der Konservativismus Roms. Die Römer haben sich nie gescheut, einer neuen Zeit gerecht zu werden, alte Einrichtungen, die sich überlebt hatten, fallen zu lassen, neue einzuführen, und der flüchtigste Blick auf das römische Recht genügt, um sich zu überzeugen, daß im Innern desselben die gewaltigsten Umwälzungen vor sich gegangen sind. Aber diese Umwälzungen waren nicht das Werk einer wilden, stoßweise wirkenden und rasch sich erschöpfenden Kraft, sondern sie vollzogen sich höchst allmählich und unmerklich. Schüchtern und fast verstohlen treten die neuen Ideen und Tendenzen in die Wirklichkeit, Schritt für Schritt müssen sie sich ihr Terrain erobern, denn das Bestehende setzt ihnen einen zähen Widerstand entgegen, und ihr endlicher Sieg ist nur das Werk und der Preis des unwidersprechlich dargelegten Übergewichts ihrer Kraft.[230]) Aber dieser

230) Diese Langsamkeit der Entwicklung geben die Römer selbst als Grund der Vorzüglichkeit ihrer Verfassung an. S. z. B. Cicero de republ. II. c. 1 ... ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus ... quod nostra republica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculorum.

Mühsamkeit und Langsamkeit des Bildungsprozesses entspricht die Festigkeit des Produkts; die Eiche wächst außerordentlich langsam, aber ihr Holz ist auch ein ganz anderes als das der Pappel. Was leicht erworben, wird auch leicht wieder aufgegeben, was mühsam errungen, hartnäckig behauptet — das ist ein Satz, der ebensogut für die Völker wie für die Individuen gilt.

Ein Volk, das wie das römische und das englische fest am Alten hängt und dem Neuen nur weicht, wenn der Widerstand unmöglich geworden, hält dieses Neue andererseits auch um so fester; dieselbe Kraft, die ihm bisher den Zutritt erschwerte, wendet sich ihm zu, sobald es denselben erzwungen hat.

Eine Kraft aber ist es und nicht die bloße vis inertiae, in der die konservative Tendenz des römischen Volks ihren Grund hat; es ist die Kraft, mit der ein fester Charakter die Grundsätze befolgt, die er sich einmal gebildet hat, und an dem festhält, was er einmal für wahr und recht erkannt hat.[231])

Als schwerste Probe für die Betätigung dieser Kraft und zugleich als glänzendstes Zeugnis derselben erscheinen in meinen Augen die großartigen Gegensätze, die das römische Volk im Lauf seiner Geschichte zu bestehen hatte, und die Art, wie es ihrer Herr geworden ist. Es sind drei. Der erste fällt auf die Entstehungsepoche des römischen Volks, er ist schon oben (S. 313) behandelt, der zweite ist der der Patrizier und Plebejer, der dritte der des jus civile und des jus gentium. Welches Schauspiel äußerster Kraftentfaltung vergegenwärtigt uns jener über Jahrhunderte sich hinziehende Kampf der Patrizier und Plebejer, wie gewaltig war hier der Stoß und Gegenstoß, wie verderblich hätte derselbe einem Volk und Staatswesen werden können von minderer Festigkeit als das römische. Aber weit entfernt, die nationale Kraft zu lähmen oder zu schwächen, hat dieser Kampf umgekehrt dieselbe gestählt,

231) Über den ethischen und politischen Wert dieser Mühseligkeit der Entwicklung des Rechts habe ich inzwischen Gelegenheit gehabt, mich an anderer Stelle auszusprechen, s. meinen Kampf ums Recht. Wien, Aufl. 5, 1872, S. 13.

indem er sie zur äußersten Anspannung zwang, und der Gegensatz des konservativen und retardierenden Elements, wie es sich in den Patriziern, und des progressiven und treibenden, wie es sich in den Plebejern darstellte, hat, anstatt die Entwicklung des Rechts zu gefährden, ihr umgekehrt jenen Charakter des einheitlichen, planmäßigen, kontinuierlichen Fortschrittes aufgeprägt.

Der Verlauf des dritten Gegensatzes ist ein völlig friedlicher, durch den Hader der politischen Parteien in keiner Weise beeinflußt. Aber gleichwohl: welchen Kraftaufwand beschwor auch er herauf! Galt es doch bei ihm, gewissermaßen Rom in Rom selber zu verleugnen, sich los zu machen von den überkommenen Ideen, ohne sie aufzugeben, zwei Anschauungsweisen im Recht: die nationalrömische und eine kosmopolitische als zwei gleichberechtigte sich gegenüber zu stellen und durch das gesamte System durchzuführen, bei dem einen Institut römisch zu denken, bei dem andern nicht römisch. Dem erprobten Denker mag es nicht schwer fallen, zwei philosophische Systeme in ihrer ganzen Gegensätzlichkeit in der Weise zu erfassen und zu beherrschen, daß er auch in den entlegensten Schwingungen des Grundgedankens letzteren sofort wieder erkennt, aber mit dieser bloßen Virtuosität des Denkens allein war jener Gegensatz im römischen Recht nicht zum Austrag zu bringen, denn es handelte sich bei ihm nicht um einen wissenschaftlichen Gegensatz, der *erkannt*, sondern um einen praktischen, der *ertragen* werden sollte, also nicht um eine bloß intellektuelle, sondern eine moralische Kraftbetätigung, um einen Dualismus des *Rechts*, eine Konzession ähnlich derjenigen, wie wenn ein bisher streng konfessioneller Staat einer andern Konfession die Gleichberechtigung zugesteht und in allen Punkten gewissenhaft durchführt. Das ist eine *Tat*, und eine solche Tat war in meinen Augen jene, und darum erblicke ich in ihr eben nicht bloß eine wissenschaftliche Leistung, sondern eine moralische Kraftprobe, daß das römische Volk sein ganzes Recht dualistisch gestaltete, ohne sich durch die Besorgnis beirren zu lassen, daß es dadurch sich selber und seinem Wesen Abbruch tun

könne — es war die Selbsterprobung des nationalen Sicherheitsgefühls.

Noch einmal taucht in der Geschichte Roms ein Gegensatz auf, der ein Anrecht zu haben scheint hier genannt zu werden, der der Republik und der Monarchie. Auch er zieht sich über mehrere Jahrhunderte hin, äußerlich stehen Republik und Monarchie noch bis ins dritte Jahrhundert hinein sich gegenüber, aber eben auch nur äußerlich, denn was von der Republik noch geblieben, war äußerer Schein, bloße Form, und dieser Dualismus, weit entfernt, einen abermaligen Beleg für die Kraft des römischen Geistes in der Ertragung und Durchführung der Gegensätze zu liefern, gewährt umgekehrt nur einen Beweis dafür, daß es mit dieser Kraft zu Ende ging.

Aber unsere Lese ist gleichwohl mit den drei obigen Probestücken nicht beschlossen. Welche reiche Ausbeute für unsern Gesichtspunkt eröffnet sich uns noch, wenn wir die Gegensätze ins Auge fassen, welche die römische Welt im übrigen in sich schließt! Auf der einen Seite die Volkssouveränität und der ganze Trotz des privatrechtlichen Unabhängigkeitssinnes, auf der andern die freigebigste Ausstattung der Magistratur, die eiserne Zucht des Feldherrn außerhalb, und zur Zeit der Not das unumschränkte Regiment des Diktators selbst innerhalb Roms; hier das verschlossene Haus mit der vollen Haussouveränität, dort der Zensor, der wie ein Hofmeister die Geheimnisse des Hauses vor seinen Richterstuhl zieht; hier die höchste Eifersucht der Freiheit und daneben die Popularität eines Beamten, der, anstatt dem Volk zu schmeicheln, nach Art eines Königs sein Amt versah, und das volle Verständnis des Volks für die Größe und Berechtigung einer derartigen Herrschernatur (§ 35).

Und wenn wir schließlich noch einen Blick auf den Mechanismus der römischen Verfassung werfen: welche Fülle der Gegensätze auch hier! Statt eines Beamten für jede höhere Machtstellung zwei, von denen der eine den andern lahm legen konnte, gleich als ob an jeder Stelle erst der Widerspruch überwunden

werden müßte, um ein gedeihliches Reſultat zu geben, und daneben noch im Gegenſatz zu der patriziſchen Magiſtratur die plebejiſche Inſtitution der Tribunen, die planmäßige Verkörperung der politiſchen Negative. Beim Volk wiederum derſelbe Dualismus, zwei verſchiedene Arten der Volksverſammlung, die Zenturiat- und Tributkomitien. Daneben der Senat mit ſeiner elaſtiſchen Machtſtellung, insbeſondere mit dem Recht der Ungültigkeitserklärung der Geſetze und Wahlen, ein Recht, das zwar nicht ſeiner Idee nach, wohl aber praktiſch die Möglichkeit einer Negation des Volkswillens in ſich ſchloß. Und trotz aller dieſer ſcheinbar ſich gegenſeitig negierenden Gewalten und trotz der harten Konflikte, die ſich nicht ſelten zwiſchen ihnen erhoben, dennoch ein befriedigendes Geſamtreſultat — Kraft, Ordnung, Einheit! Woher? Die Antwort iſt im bisherigen enthalten: die römiſche Kraft konnte alle dieſe Gegenſätze ertragen; woran manch anderes Volk zugrunde gegangen wäre, dadurch ward Rom groß, der Gegenſatz, der Widerſpruch, der Kampf war für Rom in ſeiner guten Zeit nur die Übung der Kraft.

Die bisherige Ausführung hatte den Zweck, gegenüber einem verbreiteten Vorurteil, welches den Grund der Vorzüglichkeit des römiſchen Rechts ausſchließlich in die intellektuelle Begabung der Römer verlegt, die Bedeutung des moraliſchen Elements für dieſe Frage einmal mit allem Nachdruck zu betonen. Ich darf aber, nachdem ich nach beiden Seiten hin, der intellektuellen wie moraliſchen die günſtige Prädispoſition des römiſchen Volks für die Kultur des Rechts nachgewieſen zu haben glaube, nicht unterlaſſen, ſchließlich noch eines Umſtandes zu gedenken, der einen höchſt förderlichen Einfluß ausgeübt hat. Er iſt zwar äußerlicher, aber nicht bloß zufälliger Art. Ich meine die Konzentration des römiſchen Lebens auf die Stadt Rom. Von welchem Einfluß dieſer Umſtand auf die Entwicklung des Rechts geweſen iſt, liegt ſo offen zutage, daß jedes Wort darüber ein verlorenes wäre; man braucht nur den Fall zu ſetzen, der ja ſpäter bei uns in Deutſchland eintrat und die Entwicklung unſeres einheimiſchen Rechts ſo außerordentlich

darum von den Plebejern bei ihren Kämpfen um die geiſtlichen Stellen gar nicht begehrt.[235]) Bei der Äußerlichkeit der ganzen römiſchen Religioſität läßt ſich an einen ſittlichen Einfluß der Prieſter auf das Volk, wie er anderwärts ſo oft vorkommt, gar nicht denken. Bei einem wirklich religiöſen Volk beſchränkt die Religion ſich nicht auf ſich ſelbſt, auf ihre Dogmen und Formen, ſondern ſie durchdringt und erfaßt das ganze ſittliche Leben der Nation. Der Beruf der Prieſter iſt dementſprechend von derſelben Ausdehnung, ſie ſind die moraliſchen Bildner des Volks und haben als ſolche den größten Einfluß auf dasſelbe. Ganz anders bei den Römern. Die Prieſter ſind hier bloß Diener der Götter, und ihre Aufgabe beſchränkt ſich auf die Verrichtung oder Überwachung des äußern Dienſtes, das religiöſe Dogma tritt demgegenüber in den Hintergrund, ja kommt in den letzten Jahrhunderten der Republik faſt ganz in Vergeſſenheit, ſo daß jener Dienſt vielfach nichts als eine mechaniſche Vornahme unverſtandener und dadurch bedeutungslos gewordener Formen ward und nur durch die Macht der Gewohnheit ſich erhielt, ohne inneres Bedürfnis und Verſtändnis; der religiöſe Sinn fand ſeine Befriedigung mehr außerhalb als innerhalb der Staatskirche. Bei einer ſolchen Beſchränkung auf das rein Zeremonielle konnten dieſe Prieſter keinen Einfluß aufs Leben gewinnen, und was keinen Einfluß hatte, war in Rom auch wenig geachtet.[236]) Einen ſehr charakteriſtiſchen Gegenſatz zu ihnen bildet die ſittenrichterliche

---

ganz andere Stellung und ſind hier nicht gemeint, ſondern nur die eigentlichen Geiſtlichen: die flamines, der rex sacrificulus, die Veſtalinnen uſw.

235) Es kam vor, daß ausſchweifende junge Leute zur Strafe vom Pont. max. zu flamines beſtimmt wurden (capti). Liv. XXVII, 8.

236) Siehe z. B. Liv. XXVII, 8. Die flamines Diales hatten das Recht im Senat zu erſcheinen, wagten aber nicht, es auszuüben ... rem intermissam per multos annos ob indignitatem priorum flaminum, und als C. Flaccus es zum erſtenmal wieder in Anſpruch zu nehmen wagte und ſeinen Anſpruch durchſetzte, war, wie Livius ſagt, nur eine Stimme darüber: magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem eam flaminem obtinuisse.

Gewalt des Zensors; die von der Religion versäumte Moral wird Sache der Staatsverwaltung, und der weltliche Beamte übernimmt das Amt des moralischen Lehr- und Zuchtmeisters.

Ungleich anziehender und lehrreicher ist die praktisch-politische Seite des römischen Religionswesens. Wir haben oben (§ 18) nachgewiesen, in welchem Maße die Religion das ganze alte Staatswesen und Recht durchdrang. Die Anschauung, aus der diese Einwirkungen hervorgegangen waren, war sicherlich eine echt religiöse gewesen, aber sie selber schwand, und die äußern Einrichtungen blieben.

Schon die römische Königszeit ist nicht mehr von jener Gesinnung beseelt, aus der diese Einrichtungen hervorgegangen sind,[237]) der Anfang der Republik und die ersten Jahrhunderte derselben bezeichnen aber eine entschiedene Hintenansetzung der religiösen Traditionen,[238]) motiviert freilich durch dringende Umstände,

---

237) Ich freue mich, für diese Ansicht eine Autorität wie die von Ambrosch in seinen öfter zitierten Studien usw. S. 57 anführen zu können: „So viel ist gewiß, daß jener Zustand der Ruhe und Einförmigkeit, in welchem allein jenes an tausend Observanzen geknüpfte Priestertum und Religionssystem entstehen konnte, schon in der Königszeit Änderungen erlitt. Die Sage hat diesen Übergang von Religion und Frieden zu Irreligiosität und Unfrieden, diese Verwandlung eines geistlichen Königtums in ein weltliches, nicht anzudeuten vergessen. Der Eroberer Tullus ist der alten Satzungen der Religion unkundig, vernachlässigt sie, erscheint als Feind der Götter. Sein Nachfolger, mit welchem unverkennbar ein höheres politisches Leben seinen Anfang nimmt, macht sich und das Königtum freier von den Obliegenheiten der Religion, indem er einen nicht geringen Teil seiner geistlichen Funktionen berechtigten Stellvertretern übergibt. Noch mehr überwiegt unter den folgenden Regierungen die politische Richtung . . . . . Der letzte König Roms steht als ein Verächter einheimischer Religionsweisen, als Anhänger ausländischer Kulten da.“ Der Plan des ältern Tarquinius, die alte inaugurierte Verfassung durch Einrichtung von drei neuen Tribus eigenmächtig umzugestalten, ist für den Geist jener Zeit gleichfalls sehr charakteristisch.

238) Ambrosch a. a. O. S. 64 Anm. 111 setzt den Anfang des Verfalls der pontifizischen Theologie, sowie der Auguraldisziplin in die Zeit nach dem zweiten punischen Kriege. S. auch S. 66. Was mußte vorhergegangen

aber undenkbar, wenn der religiöſe Geiſt noch der alte geweſen wäre. Dieſe zwingenden Umſtände waren die Überhebung des Königtums und die wachſende Macht und Oppoſition der Plebejer. Jene führte zur Aufhebung des Königtums, eine flagrante Verletzung der inaugurierten Verfaſſung, die durch die Scheinfortdauer des Königtums im rex sacrificulus wenig verdeckt ward, und als Präzedenzfall, auf den die Plebejer ſtets verweiſen konnten,[239]) beſonders bedenklich. Dieſe zu ſo manchen Konzeſſionen, die ebenſo viele Verſtöße gegen das Fas enthielten. Ein von wahrhaft religiöſer Geſinnung beſeeltes Volk hätte eher die Plebejer aus der Stadt ziehen laſſen oder bis zum letzten Blutstropfen Widerſtand geleiſtet, als daß es ihnen z. B. das connubium[240]) eingeräumt oder, wenn einmal eingeräumt, daß es Ehen mit ihnen eingegangen, oder daß es ſie zum Konſulat zugelaſſen hätte, und ein ſolches Volk würde auch ſchwerlich das Königtum mit Stumpf und Stiel ausgerottet haben, anſtatt den legaleren Weg einzuſchlagen und an Stelle des vertriebenen Tarquinius einen andern König zu wählen.

Man tut daher den Patriziern ſchwerlich Unrecht, wenn man annimmt, daß die Idee der religiöſen Unverletzlichkeit der Verfaſſung, die ſie ſo gern als Schild gegen die Forderungen der Plebejer benutzten, ihre unbeſchränkte Gewalt über die Gemüter bereits verloren hatte. An der Emanzipation des Staatsrechts von der Religion und der ſchon ſo früh erfolgenden Abſchwächung des religiöſen Prinzips hatten übrigens die Plebejer einen ganz hervorragenden Anteil; ihre politiſchen Beſtrebungen und Erfolge führten jenes Reſultat mit Notwendigkeit herbei.[240a]) Jede

ſein, ehe ein ſolcher Verfall der Lehre möglich war. Daß ſich bereits vor dem erſten puniſchen Krieg Spuren der ſinkenden Achtung vor der Religion nachweiſen laſſen, hat er ſelber bemerkt. S. 65 Anm. 116.

239) Wie dies auch geſchah. Liv. IV c. 6.

240) Der Geſichtspunkt, der dasſelbe ausſchloß, lag darin: quod nemo plebejus auspicia haberet ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.

240a) Schwegler, Röm. Geſch. I, 735 führt als Beiſpiel mit Recht

Niederlage der Patrizier war zugleich eine Niederlage des religiösen Prinzips, jeder Sieg der Plebejer ein Sieg über die Idee der religiösen Unantastbarkeit des Staatsrechts. Für die römische Religiosität überhaupt ist es von unheilvollen Folgen gewesen, daß die Religion in der alten Verfassung eine zu exponierte Sellung einnahm und daher von den politischen Parteikämpfen stets empfindlich getroffen wurde. Zu sehen, wie die Religion ihre Positionen nach und nach aufgab und den kürzern zog — das mußte auf die religiöse Gesinnung beider Parteien die nachteiligste Rückwirkung äußern, es hieß, sie zu der Einsicht bringen, daß das politische Interesse in Rom stärker sei als das religiöse. Aber gerade dies, daß die Plebejer die Patrizier mit Gewalt aus den Banden des religiösen Prinzips befreiten, war ein unschätzbarer Dienst, sie zwangen sie gemeinsam mit ihnen aus Patriziern Römer zu werden.

Jener Rückzug der Religion aus der Verfassung erstreckte sich nicht weiter als das Interesse der Plebejer es erheischte, und es verblieb ihr innerhalb der Verfassung noch ein beträchtlicher Raum, auf den sie einen unbestrittenen Einfluß ausüben konnte. Aber die Macht, die ihr hier gelassen, gehörte in Wirklichkeit weniger ihr selber als dem Staat an. Die Römer hatten bei jenen Parteikämpfen gelernt, die Religion dem politischen Interesse unterzuordnen, und ihr ferneres Verhalten machte dieser Schule Ehre; auch sie empfand jetzt die Gewalt des römischen Wesens, d. h. sie ward Mittel zum Zweck, denn darin bestand ja, wie wir früher gezeigt, das römische Wesen, daß alles, was auf dem Boden der römischen Welt wuchs und bestand, den Zwecken derselben dienstbar werden mußte. Die Religion, durch die oft wiederholten Schläge ihrer wahren, lebendigen Kraft beraubt, fügte sich willig und widerstandslos, und nur dieser Fügsamkeit, die

---

auch die servianische Verfassung an, bei der das Kirchliche „das Zweite und Akzessorische war, während die altpatrizische Verfassung schon in ihrem Prinzip zugleich Kirchenverfassung gewesen war." S. auch 638 daselbst.

jeden Anlaß zu einem Konflikt mit dem politiſchen Intereſſe zu vermeiden verſtand, verdankte ſie den Schein der Macht und Unabhängigkeit. Der römiſche Staat entſprach in allen Dingen ihren Satzungen und Geboten und unterwarf ſich ſcheinbar gänzlich ihrer Autorität, aber er konnte es ſchon tun, denn ihre Gebote waren ſo eingerichtet, wie ſie ihm am beſten paßten, ihre Autorität bekräftigte nur das, was er ſelbſt wollte, ſo daß er im Endreſultat die Mitwirkung dieſer immerhin mächtigen Bundesgenoſſin gewann, ohne ſeinerſeits weſentliche Opfer zu bringen.[241])

Ich werde die Richtigkeit dieſer meiner Auffaſſung von der Sache an den hauptſächlichſten hierher gehörigen religiös-politiſchen Einrichtungen, Grundſätzen uſw. nachzuweiſen verſuchen.[242]) Werfen wir zuerſt einen Blick auf die mit der Handhabung oder

---

241) Man könnte mir den Einwurf machen, was nützte die Mitwirkung der Religion, da ſie dem bisherigen nach ihrer wahren lebendigen Kraft beraubt war! Es ließe ſich darauf erwidern, zunächſt, daß das von mir angenommene Verhältnis zwiſchen der Religion und Politik für die höhern Kreiſe der Bevölkerung, in denen es ja im Grunde allein praktiſch wurde, ſtattgefunden haben kann, ohne daß dasſelbe für die großen Maſſen gegolten hätte. Für Ciceros Zeit trifft dies bekanntlich zu; Unglauben oben, Aberglauben unten! Wir haben aber nicht nötig für die ältere Zeit zu dieſer immer ſehr mißlichen Annahme zu greifen, vielmehr, glaube ich, kann die menſchliche Natur uns den ſcheinbaren Widerſpruch löſen. Wenn man glaubt, was man wünſcht, wenn alſo der Wille dem Glauben die Richtung vorſchreibt, ſo ſollte ein ſolcher Glaube gar keine Macht über uns haben, und doch wie groß kann dieſe Macht ſein. Dieſer Selbſtbetrug liegt einmal tief in der menſchlichen Natur, und in welchem Maße und mit welchem Erfolge ein ganzes Volk desſelben fähig iſt, das lehrt uns vielleicht keins ſo ſehr wie das römiſche. Mangel echter Religioſität und an deren Stelle ein Aberglaube, der, trotzdem, daß er in der Regel nur das ſieht, was ihm lieb iſt, dennoch eine große Macht über das Volk ausübt! Man begehrte Zeichen, aber ſie ſollten und mußten günſtig ſein — im erſten puniſchen Krieg ließ P. Claudius die Hühner, die das gewünſchte Zeichen verweigerten, ins Meer werfen —, natürlich fielen ſie regelmäßig ganz ſo aus, wie man ſie wünſchte, und doch hob es den Mut des Heeres, wenn es hieß, die Zeichen ſeien günſtig ausgefallen!

242) Manche gute Bemerkungen finden ſich bei Beaufort la republ. Rom. lib. I c. V.

Überwachung derselben betrauten Personen. Es gehören hierher die Pontifizes, die Augurn, die Fetialen und die Bewahrer der sibyllinischen Bücher. Alle diese Personen hatten einen großen Einfluß, aber derselbe war bedingt durch eine von der Staatsbehörde an sie gerichtete Aufforderung in Funktion zu treten. Sie antworteten nur, wenn und wie sie gefragt wurden, ihnen selbst fehlte die Initiative. Der Beamte konnte, wenn er wollte, die Auspizien allein vornehmen oder einen Zeichendeuter zuziehen, der nicht zum Kollegium der Augurn gehörte; eine ohne seine Aufforderung von einem Augur vorgenommene Beobachtung band ihn nicht.[243]) Das Kollegium konnte wegen eines Fehlers bei Anstellung von Auspizien den vorgenommenen Akt, z. B. die Wahl eines Beamten, in den Komitien für nichtig erklären, aber meines Wissens nur, wenn es befragt war. Die Fetialen entschieden völkerrechtliche Streitfragen, aber gleichfalls nur, wenn sie aufgefordert waren. Die Pontifizes waren die Wächter des geistlichen Rechts, höchst geachtet und einflußreich, aber bei einem Konflikt mit dem Willen des Volks machtlos. Von ihren Straferkenntnissen konnte ans Volk appelliert werden, und umgekehrt kam es später vor, daß das Volk ihre freisprechenden Urteile kassierte, ja sogar schon im fünften Jahrhunderte der Stadt, daß das Volk den Pontifex Maximus zwang, eine dienstliche Handlung vorzunehmen, die er aus Gründen des geistlichen Rechts für unstatthaft erklärt hatte.[244])

Wie groß oder wie klein aber auch der Einfluß sein mochte, der diesen Personen zustand, vergessen wir nicht, daß alle jene Ämter als Staatsämter betrachtet und verwaltet wurden.

---

243) S. über die Stellung der Augurn namentlich die lehrreiche Ausführung von Rubino a. a. O. S. 44—62 und über die der Fetialen ebendaselbst S. 170 u. flg. Über die Bewahrer der sibyllinischen Bücher s. Hartung, Röm. Relig. B. I S. 135.

244) Livius IX c. 46: coactusque consensu populi Cornelius Barbatus Pontifex maximus praeire verba, quum mos majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

Sie fielen Perſonen zu, die bisher ganz den Intereſſen des Staats gelebt hatten und mit der Übernahme jener Ämter weder ihre politiſche Laufbahn als beſchloſſen, die Gunſt des Volks alſo fortan als überflüſſig betrachteten, noch dem Intereſſe des Staats irgendwie entfremdet wurden. Ein Staatsintereſſe verführte ſie nicht, ihre Gewalt auf Koſten des Staats zu mißbrauchen und auszudehnen; an dieſem wie an jedem andern Platze fühlten ſie ſich nur als Bürger und Römer, und die Geſinnung, die ſie als ſolche beſeelte, leitete ſie auch bei der Verwaltung ihres Amts. Oft mochte dieſe Geſinnung einen möglichen Konflikt des geiſtlichen Rechts mit dem politiſchen Intereſſe ſchon im Keim erſticken; ſie beſtimmte ja den Geiſt, mit dem man die heiligen Bücher, die Zeichen uſw. auffaßte, und ein dem Staat ergebener Pontifex und Augur gab, ohne ſich einer Schlechtigkeit und der Abſichtlichkeit bewußt zu ſein, ihnen die Deutung, die dem politiſchen Bedürfnis am meiſten entſprach. Es iſt ein bekannter, zur Zeit, als die Patrizier ſich noch im Alleinbeſitz jener Stellen befanden, von den Plebejern oft wiederholter Vorwurf, daß ſie dieſelben im Parteiintereſſe auszunutzen pflegten.[245]) Was bereits damals im bloßen Intereſſe der Partei geſchah, daran nahm man ſpäter um ſo weniger Anſtoß es zum wahren Wohle des Gemeinweſens zu tun.

Ich darf hier noch auf die bereits von manchen[246]) gemachte

245) z. B. Liv. IV c. 7 (a. 310 U. C. . . . augurum decreto perinde ac vitio creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat, parum recte tabernaculum cepisset. Liv. VIII c. 23 (a. 428 U. C.) . . . consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt. . . . nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod plebejus dictator sit, id vitium auguribus visum? Schon im Jahre 293 läßt Livius III c. 10 einen Ausſpruch der Duumviri librorum sacrorum durch die Tribunen verdächtigen: id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur ingensque aderat certamen.

246) z. B. Rubino a. a. O. S. 204 Anm.: „Es braucht hier nur kurz

Beobachtung verweiſen, daß es römiſche Regierungsmaxime war, den religiöſen Strömungen, denen man nachzugeben für politiſch geboten hielt, von Staats wegen ein beſtimmtes Bett vorzuzeichnen und ſie dadurch in Abhängigkeit zu bringen. Öffentliche Anerkennung und Gleichſtellung eines neuen Kultus ſchien den Römern weniger gefährlich als die bloße Duldung desſelben; wo eine Unterdrückung desſelben nicht mehr möglich war, gewährte man volle Gleichberechtigung, und vom bloß politiſchen Standpunkt beurteilt bewährte man damit einen richtigern Blick als die neuere Zeit mit ihrem Mittelding bloß tolerierter Glaubensbekenntniſſe. Rom kannte keine Prieſter eines widerwillig zugelaſſenen Kultus, die, durch gehäſſige Beſchränkungen und Zurückſetzungen zum Groll gegen den Staat veranlaßt, ihre Macht über die Gemüter zum Nachteil des Staats benutzen; entweder vertrieb er ſie, wenn er den Kultus, den ſie einführen wollten, für ſtaatsgefährlich hielt, oder wenn er ſie und ihren Kultus duldete, wies er ihnen eine Stellung an, die ſie, anſtatt ſie in die Oppoſition zu treiben, umgekehrt ſeinen Zwecken dienſtbar machte.

Dies die Stellung der geiſtlichen Perſonen. Wenden wir uns jetzt dem Kultus und Dogma zu, ſoweit dieſelben überhaupt eine politiſche Beziehung hatten und für die Staatsverwaltung von Intereſſe waren, ſo gibt es im ganzen Umkreiſe der römiſchen Welt ſchwerlich eine unerquicklichere Erſcheinung, als ſie uns darbieten. Nicht darin liegt das Anſtößige, daß jener Geiſt, aus dem ſie hervorgegangen, aus ihnen gewichen war, und ſie ſelbſt

---

an das ſpätere Verfahren in bezug auf die haruspices, die ſibylliniſchen Bücher, die vates, die Aufnahme der griechiſchen Kulte und vieles andere erinnert zu werden, was zu einem Schluſſe auf die Vorzeit berechtigt. Unempfänglich gegen den Eindruck neuer religiöſer Erſcheinungen und Künſte blieben die principes nicht, ſie zogen ſie in ihren Kreis, verarbeiteten und benutzten ſie in ihrer Weiſe." Mäcen empfahl dieſe Maxime dem Auguſtus, Dio Caſſius LII, 36. „Wahrſagung müßte zwar ſein, doch ſo, daß ſie durch öffentliche dem Staate bekannte Diener, nicht durch herumziehende Betrüger ausgeübt werde."

dennoch als leere Larven fortdauerten — dieſe Erſcheinung wiederholt ſich überall (II 509) —, ſondern darin, daß der geiſt- und gemütloſe Verſtand ſich ihrer bemächtigte, mit der Abſicht, zwar einerſeits ſie zu erhalten,[247]) andererſeits aber doch ſie ſeinen Zwecken anzupaſſen. Dieſe Verſündigung des Verſtandes an einem Gegenſtande, dem er ewig fern bleiben ſollte, dieſer bewußte oder unbewußte Jeſuitismus, der die gleichgültigen Formen beobachtet, weil ſie ihm nicht hinderlich ſind, und die wirklichen Hinderniſſe, welche die Religion ihm entgegenſetzt, mit elender Sophiſtik aus dem Wege räumt, dies Gemiſch von Aberglauben und einer an religiöſen Dingen ſich betätigenden Schlauheit und juriſtiſchen Kunſt — es iſt die abſtoßende Schattenſeite des römiſchen Charakters, aber höchſt geeignet, um das wahre Weſen desſelben daran zu erkennen.

Prüfen wir einmal die religiöſen Grundſätze und Formen, auf deren ſtrenge Beobachtung ſich im Grunde das Lob reduziert, das man der römiſchen Religioſität in ſo übertriebenem Maße geſpendet hat,[248]) ſtimmen ſie nicht ganz zu den weltlichen Zwecken

247) Es wäre eine höchſt intereſſante Aufgabe, die ſich hier aber natürlich nicht behandeln läßt, die Ähnlichkeit zwiſchen der römiſchen Jurisprudenz und der Behandlung der Religion nachzuweiſen. Dieſelben Erſcheinungen, die jene uns darbietet (wie z. B. der Formalismus, die Konſequenz, die Fiktionen, die Scheingeſchäfte uſw., ſelbſt manche materielle Grundſätze), wiederholen ſich hier (II 398 fl.) aber mit gerade entgegengeſetzter Wirkung — was dem Recht angemeſſen war und die Ausbildung desſelben im höchſten Grade beförderte, war für die Religion in demſelben Grade nachteilig und entfremdete ſie immer mehr ihrem wahren Weſen. Juriſtiſche Fragen theologiſch behandelt zu ſehen iſt noch erträglicher als theologiſche Fragen juriſtiſch. Rubino a. a. O. S. 219 Note 2 macht darauf aufmerkſam, daß „charakteriſtiſch genug für die römiſche Denkweiſe die justi atque injusti scientia auch die Religion umfaßte.“ Dem Juriſten iſt die Legaldefinition der Jurisprudenz als einer rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia (L. 10 § 2 de J. et J. 1. 2) bekannt, und ebenſo, daß die Lehre von den sacra zum jus publicum gezählt ward (L. 1 § 2 ibid.).

248) Hartung a. a. O. I S. 186 ſagt z. B.: . . . „ſo muß man den ältern Römern nachrühmen, daß ſie eine ſo allgemeine, ſo durchreichende und ſo unerſchütterliche Religioſität beſeſſen und geübt haben, wie kaum ein anderes Volk der Erde“.

der Römer? Ihre politischen Institutionen genießen den Schutz religiöser Weihe — aber die Religion ist fügsam genug sich auf Verlangen allen Änderungen zu unterziehen. Die religiöse Beziehung kann wie ein äußeres Gewand den Verhältnissen umgehängt und wieder abgenommen werden. Die Inauguration läßt sich bei günstigen Auspizien rückgängig machen,[249]) die durch confarreatio in religiöser Weihe eingegangene Ehe durch diffarreatio lösen, die Heiligkeit des Orts wieder aufheben, selbst die Götter können zum Umzug aus diesem Tempel in einen andern gezwungen werden. Umgekehrt ist diese Weihe nicht durch die religiöse Beziehung des Gegenstandes bedingt, sie läßt sich jeder Institution erteilen.[249a])

Die Fetialen sollten bei der Kriegsankündigung den Speer in Feindes Land werfen — aber als diese Vorschrift bei der Ausdehnung des Reichs beschwerlich wurde, half man sich, indem man einen Platz vor dem Tempel der Bellona durch einen gefangenen Soldaten des Pyrrhus ankaufen ließ und ihn als Feindes Land behandelte.[250]) Der Feldherr, den ein Unfall betroffen, sollte in Rom neue günstige Auspizien erwarten; auch von dieser lästigen Vorschrift befreiten sich die Römer in ähnlicher Weise — ein beliebiger Platz auf dem Kriegsschauplatz ward zum ager Romanus gemacht, und hier die Erneuerung der Auspizien vorgenommen.[251]) Das gelobte Opfer sollte gebracht werden — „aber man muß wissen, sagt Servius,[252]) daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen wird; wenn daher schwer aufzutreibende Tiere zum Opfer gefordert werden, so formt man

249) Schon von Tarquinius dem Jüngern erzählt Livius I c. 56: exaugurare fana sacellaque statuit . . . omnium sacellorum exauguraciones admittebant aves.

249a) In späterer Zeit dekretiert z. B. der Senat darüber, was fas sein solle, s. Frontin Strateg. IV 1. 38: ne quem ex iis sepelire vel lugere fas esset.

250) Die Stellen bei Hartung a. a. O. S. 271.

251) Die Stellen bei Rubino a. a. O. S. 89.

252) ad Aen. II, 116 Hartung a. a. O. I S. 160.

dieſelben von Brot oder Wachs und bringt die Bilder dar; ſtatt der erforderlichen Hirſchkühe ſchlachtete man Schafe, nannte ſie aber Hirſchkühe. Der Flamen Dialis durfte nicht ſchwören, der Magiſtrat mußte einen Amtseid leiſten, beide Ämter waren alſo unvereinbar. Als man dennoch einen Flamen Dialis zum Ädilen wählte,[253]) und zwar zufälligerweiſe gerade einen ſolchen, der wegen ſeiner Strenge allgemeines Aufſehen erregt hatte,[254]) ſo half man ſich dadurch, daß man einen Stellvertreter für ihn ſchwören ließ, und der ſtrenge Verfechter des geiſtlichen Rechts nahm daran keinen Anſtoß, daß ein Volksbeſchluß ausdrücklich beſtimmt hatte, was übrigens ſich ja auch von ſelbſt verſtand, daß es ſo angeſehen werden ſollte, als hätte er ſelbſt geſchworen, daß alſo im Grunde ihm nur der Akt des Schwörens, nicht aber der Eid ſelbſt abgenommen war. Der Feſttag ſollte geheiligt werden, für eine bewußte Übertretung dieſes Gebots nicht einmal eine Sühne möglich ſein — aber dem praktiſchen Bedürfnis ordnete die Religion ſich unter, notwendige Arbeit durfte auch an Feſttagen verrichtet werden.[255])

Lehrreicher als die weitere Häufung ſolcher einzelnen Beiſpiele[255a]) dürfte es ſein, eine ganze Lehre des geiſtlichen Rechts, die für den Staat gerade von der eingreifendſten Bedeutung war, ich meine die von den Auſpizien und Zeichen,[256]) einer Prüfung zu

253) a. U. C. 552. Liv. XXXI, 50.

254) Liv. XXVII, 8.

255) Hartung a. a. O. I S. 188. Macrobius Sat. I, 16: Scaevola consultus, quid feriis agi liceret, respondit, quod praetermissum noceret.

255a) S. andere bei Danz a. a. O. S. 238 fl.

256) Eine ſo große Rolle die Auſpizien, Vorbedeutungen uſw. auch im römiſchen Privatleben ſpielten, ſo iſt es doch höchſt charakteriſtiſch, daß wir im römiſchen Privatrecht auch nicht die geringſte Spur eines Einfluſſes derſelben nachzuweiſen imſtande ſind. Zwar iſt in einer neuern Schrift der abenteuerliche Verſuch gemacht, dem omen einen ſolchen Einfluß zu vindizieren, allein die abergläubiſchen Ideen des Volks prallten an der juriſtiſchen Theorie machtlos ab. Die juriſtiſche Behandlung des Eides gewährt einen ſchlagenden Beweis, wie ſehr das Gebiet des Privatrechts ſich gegen jegliche

unterwerfen. Es war ein Bedürfnis des religiöſen Gefühls, für eine einigermaßen wichtige Handlung die Zuſtimmung der Götter einzuholen, und dem gläubigen Gemüt taten der Himmel und die Vögel als Götterboten den Willen der Götter kund. Eine ſpätere Zeit brachte noch manche andere Erkenntnismittel hinzu, das Freſſen der Hühner, die Eingeweide des Opfertieres uſw., und der Glaube war geſchäftig, ſelbſt den Handlungen der Menſchen, Unfällen gewöhnlicher Art, den Namen uſw. einen Glück oder Unglück verkündigenden Sinn abzugewinnen.

Daneben aber verleugnete ſich doch die römiſche Schlauheit nicht. Die Lehre von den Vorzeichen war ſo eingerichtet, daß nicht der Menſch den Zeichen, ſondern die Zeichen dem Menſchen untergeben waren.

Wir müſſen die eigentlichen Auſpizien, die nach den Regeln der Kunſt beobachtet und gedeutet wurden, von den bloßen Anzeichen unterſcheiden, die ſich ungeſucht darboten. Was letztere anbetrifft, ſo lehrte man,[257] daß ſie ganz in der Hand deſſen ſeien, der ſie beobachtet hatte, er konnte ſie annehmen (accipio omen) oder zurückweiſen (ad me non pertinet), ja ihnen eine andere Richtung[258] und Bedeutung geben. Wußte er in demſelben

ihm an ſich fremde Idee abzuſchließen wußte. Der promiſſoriſche Eid war rechtlich völlig wirkungslos (man erinnerte ſich dabei des Gegenſatzes wegen an das Kanoniſche Recht), der aſſertoriſche wurde bloß unter dem Geſichtspunkt des Vergleiches aufgefaßt, einerlei ob wahr oder falſch geſchworen; contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem (L. 2 Cod. de reb. cred. 4. 1).

257) Hartung a. a. O. I S. 101. Servius ad Aen. V, 530, nam nostri arbitrii est, visa omina vel improbare vel recipere. Plin. Hist. N. XXVIII, 4 meint dazu: quo munere divinae indulgentiae majus nullum est.

258) Durch Schlauheit und ſelbſt durch Betrug konnte man ſich ein Zeichen aneignen, das einem andern zuteil geworden. Ich verweiſe z. B. auf den von dem Prieſter der Diana verübten Betrug, von dem Livius I, 45 erzählt, und auf einen ähnlichen, aber durch Vorſicht von der andern Seite vereitelten Verſuch, den Plinius Hist. natur. XXVIII, 4 berichtet: (... transiturum fuisse fatum in Etruriam, nisi praemoniti .. legati Romani respondissent etc.).

Augenblick, wo ſie von ihm bemerkt wurden, der zunächſt ſich aufdrängenden ungünſtigen Bedeutung eine paſſende günſtige zu ſubſtituieren, ſo war die Kraft des Zeichens gebrochen, die anſcheinende Drohung in eine Verheißung verwandelt.[259]) Ein ungünſtiges Zeichen, das von dem Handelnden nicht beobachtet wurde, hatte keine Bedeutung für ihn, darum pflegte man beim Opfer ſich das Geſicht zu verhüllen, um kein Zeichen wahrzunehmen, und beim Ausſprechen feierlicher Gebete, Eidesformeln uſw. einen Flötenbläſer ſpielen zu laſſen, um auch die Ohren zu ſichern.[260])

Mit den eigentlichen Auſpizien verhielt es ſich ebenſo. Die Auguraldisziplin war ſtreng, ſehr ſtreng, was die genaue Beobachtung der Formen anbetraf, aber wer die Formen genau erfüllte, der konnte alles erreichen, was er wollte.[260a]) Wie wohltätig einerſeits dieſe Strenge, die an den geringſten Formfehler Nichtigkeit des ganzen Akts knüpfte, wie geeignet, um ſtaatsrechtliche Akte durch die man überrumpelt war, z. B. Wahl eines untauglichen Beamten von ſeiten des Volks, hinterher wieder zu entkräften.[261]) Andererſeits aber wie fügſam jene Disziplin, wenn es galt, ſchlechte oder gute Zeichen aufzufinden. Der Grundſatz, der bei Geſetzen galt, daß das ſpätere das frühere aufhebe, war auch auf die Auſpizien übertragen[262]) und gab die Auſpizien ganz in die Hand des Suchenden. Geſetzt, es ſollte durch ſie eine Maßregel hintertrieben, eine von unruhigem Geiſt beſeelte

---

259) Hartung a. a. O. I S. 101, der unter andern das bekannte Beiſpiel von Cäſar anführt, der, als er an der afrikaniſchen Küſte aus dem Schiff ans Land ſprang, ſtürzte und ſich ſchnell faſſend ausrief: jetzt habe ich dich Afrika.

260) Plin. Hist. nat. lib. XXVIII. c. 3 ... tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.

260a) Cic. de nat. deor. II, 3 § 9: veritas auspiciorum spreta est, species tantum (der bloße Schein) retenta.

261) Es ſind Beiſpiele bereits oben Note 245 vorgekommen.

262) Rubino a. a. O. S. 69 Anm. 1 und die dort zitierten Stellen von Servius ad Aen. II, 691: si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora. XII, 183: in auguriis prima posterioribus cedere.

Volksverſammlung geſprengt werden, ſo ſetzte der die Auſpizien beobachtende Beamte ſeine Beobachtung ſo lange fort, bis er endlich ein ungünſtiges Auſpizium erhalten hatte. Umgekehrt geſchah es, wenn es darauf ankam, ein günſtiges zu gewinnen; er ſtellte ſeine Beobachtung ein, ſowie er das gewünſchte erhalten, alle vorhergehenden ungünſtigen Zeichen wurden durch das letzte günſtige entkräftet.[262a]) Um eine Volksverſammlung zu hintertreiben, genügte es ſogar, daß an demſelben Tage irgend ein magistratus, ſelbſt ein minor, ein servare de coelo vorgenommen und dem Konvokanten davon Anzeige gemacht hatte.[263])

Die Himmelszeichen, wenn ſie auch dem Suchenden bei beharrlicher Fortſetzung ſeiner Beobachtung endlich zuteil werden mußten, konnten doch einige Zeit auf ſich warten laſſen. Im Felde, wo oft der Augenblick entſcheidet, bedurfte man ſolcher Zeichen, auf deren ſofortiges Eintreten ſich zählen ließ, wie z. B. das tripudium, das Freſſen der Hühner.[264]) Zu dem Zweck führte jeder Feldherr Hühner mit ſich, die im beſtändigen Zuſtande des Hungerns gehalten wurden, das Zeichen war alſo ganz in der Gewalt des Suchenden. Kam es umgekehrt darauf an, ein ungünſtiges Zeichen zu gewinnen, ſo nahm man ſatte Hühner — die aßen gar nicht oder, wenn doch, mit wünſchenswerter Bedächtigkeit. Von den ſibylliniſchen Büchern läßt ſich, wie es ſcheint, dasſelbe behaupten, ſie waren ſo unbeſtimmt abgefaßt, ſo vieldeutig, daß man alles, was man wollte, herausleſen konnte.[265])

Es verdient wohl beachtet zu werden, daß in allen dieſen

262a) Liv. IX, 39: postero die auspiciis repetitis pertulit legem. Ebenſo machen es die Chineſen bei ihren durch Stäbe bewirkten Auſpizien, ſie ſetzen die Manipulation ſo lange fort, bis die Stäbe günſtig fallen.

263) Einerlei, ob die Beobachtung eine günſtige oder ungünſtige geweſen war, der bloße Akt des servare de coelo war ausreichend. S. Rubino a. a. O. S. 74 u. f. Anders jetzt Mommſen, Röm. Staatsrecht I, 34.

264) Es kam darauf an, daß ſie gierig über das Eſſen herfielen, und daß beim Freſſen etwas von dem vorgeſetzten Futter auf die Erde fiel — für ausgehungerte Hühner, namentlich wenn man das Futter danach wählte, eben keine ſehr ſchwierige Zumutung.

265) Hartung a. a. O. I S. 135.

Fällen subjektiv gar kein Betrug erforderlich war;[265a]) die Religion selber, d. h. der praktische Instinkt der Römer, hatte die Regeln und Einrichtungen so elastisch gemacht, daß sie sich auch bei strenger Beobachtung stets den augenblicklichen Zwecken fügten. Mochte die Auguraldisziplin es verantworten, daß sie die Zeichen in die Hände des Suchenden gegeben hatte, letzteren konnte kein Vorwurf treffen, wenn er das fand, was er im Interesse des Staats suchte.[265b])

Vom religiösen Standpunkt aus hat diese Entartung eines ursprünglich aus religiösem Bedürfnis hervorgegangenen Instituts etwas Widerwärtiges, und sie beweist den frühen Verfall wahrhafter Religiosität in Rom; letztere würde sich nicht in der Weise an den Göttern haben versündigen können, daß sie die Nachsuchung ihrer Zustimmung zur leeren Posse herabgewürdigt hätte. Faßt man aber das ganze Institut mit seinen in den Willen der Staatsregierung gegebenen geistlichen Beamten, Zeichen, Nichtigkeitsgründen usw., wie man es muß, als ein politisches Institut auf, so verdient es freilich von diesem Standpunkt aus ebenso hoch gestellt zu werden, wie es in religiöser Beziehung niedrig steht.[265c]) Die ausgezeichnete Brauchbarkeit des Instituts setze ich nicht sowohl in seine positive Seite, daß es nämlich der Regierung als Mittel diente, dem Volk Vertrauen einzuflößen, ihren Anordnungen durch die eingeholte Zustimmung der Götter Autorität und Gehorsam zu verschaffen, als vielmehr in seine negative Funktion, d. i. seine Tauglichkeit, politische Maßregeln zu hemmen und zu entkräften.[265d]) Ungünstige Auspizien, und

265a) Daß er übrigens oft genug vorgekommen sein mag, ist selbstverständlich, s. z. B. Liv. X, 40 pullarius auspicium mentiri ausus.

265b) S. auch den III, 222 besprochenen Grundsatz, daß die Verantwortlichkeit für die verkündeten Auspizien lediglich den Augurn zufällt, der Beamte von der Unwahrheit derselben aber keine Notiz zu nehmen braucht.

265c) Dies ist auch die Auffassung der Römer selber, Cic. de leg. II, 13 auspicia ista ad utilitatem esse reipublicae composita ibid. III, 12.

265d) Cic. de leg. III, 12 auspicia, ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae; saepe enim populi impetum injustum auspiciis dii immortales represserunt.

schon das bloße servare de coelo von seiten des Magistrats gewährten das legale Mittel, eine angesetzte Volksversammlung zu vertagen, und dies war bei einer vorübergehenden leidenschaftlichen Erregung des Volks schon ein großer Gewinn. Formfehler, bei Abhaltung der Auspizien vorgekommen, machten es möglich, Übereilungen, Mißgriffe der Beamten und des Volks, die sonst durch kein verfassungsmäßiges Mittel mehr zu beseitigen waren, als ungültig aus dem Wege zu räumen,[266] so daß man mithin das Kollegium der Augurn, das über diese Nichtigkeitsfälle erkannte, als *höchsten politischen Kassationshof* bezeichnen könnte.[266a])

Das Resultat unserer Erörterung ist: die *Herrschaft* der Religion über das Recht ist beschränkt auf die ältere Zeit, im Staats- und Rechtssystem der Blütezeit der Republik kehrt das Verhältnis sich geradezu um, das Verhalten des römischen Geistes zum religiösen Prinzip besteht also darin, daß er dasselbe als Mittel zum Zweck benutzt. Die religiös-rechtlichen Institute und Formen dauern äußerlich noch lange fort, allein der Geist ist gewichen, die römische Sittlichkeit wurzelt nicht mehr in der Religion, sondern im Staats- und Rechtsprinzip. Aber die Blütezeit der Republik liefert uns zugleich auch den Beweis, welch' eine sittliche Kraft das bloße Staats- und Rechtsprinzip, sobald es den Menschen ganz und gar durchdrungen hat, zu entwickeln vermag.[267] Das Staats- und Rechtsprinzip tritt an die Stelle des religiösen.

266) Ich verweise z. B. auf den Fall in Note 245, die Ernennung des Diktators betreffend, Liv. VIII, 23 und Pseudo Ascon. (Orelli p. 68) und Appian I, 22.

266a) Wenigstens der *Form* nach; der *Sache* nach war es der Senat, insofern es nämlich von ihm abhing, ob er den Nichtigkeitsgrund geltend machen und das Kollegium zu einem Gutachten auffordern wollte, über dessen Ausfall er wohl im voraus sicher sein konnte.

267) Darauf macht schon Augustinus in einer von Ambrosch angeführten Stelle, de civit. Dei V, 12 aufmerksam: ... qui (Romani) causa honoris, laudis et gloriae consulerent patriae, in qua ipsam gloriam requirebant, salutemque ejus saluti suae praeponere non dubitarent, *pro isto uno vitio* i. e. amore laudis, *pecuniae cupiditatem et multa alia vitia comprimentes*.

Wenden wir uns nunmehr den übrigen Ausgangspunkten des römiſchen Rechts zu, ſo dürfen wir den einen derſelben, das ſubjektive Prinzip, hier mit der Bemerkung erledigen, daß das folgende Syſtem vorzugsweiſe als ſein Werk aufzufaſſen iſt, wir dort alſo Gelegenheit erhalten werden, dies Prinzip auf dem Höhepunkte ſeiner Kraft und Vollendung kennen zu lernen. Wie es ſich hiſtoriſch entwickelt hat, welche Bedeutung die Beſtrebungen der Plebejer, die Zwölftafelgeſetzgebung uſw. dafür haben, das gehört nicht hierher, das müſſen wir der römiſchen Rechtsgeſchichte überlaſſen. Für unſern Zweck genügt es, zu wiſſen, daß die ſpätere Rechtsentwicklung ſich vorzugsweiſe an dies Prinzip anlehnt. Im Gegenſatz zu der Fortentwicklung und Durchbildung, welche das ſubjektive Prinzip im ſpätern Recht findet, büßt das Familienprinzip ſeine Bedeutung mehr und mehr ein. Seine Rolle war ausgeſpielt, als die Aufabe, der es bei der Staatsbildung zu dienen hatte, erfüllt war; der fertige Staat hatte die unvollkommene Form des werdenden nicht mehr nötig, und wenn auch die Gentilverfaſſung nach Weiſe der Römer noch jahrhundertelang unter völlig veränderten Verhältniſſen fortdauerte, ſo wiederholt ſich darin nur dasſelbe Schauſpiel, dem wir bei der Religion begegnet ſind: Fortdauer der alten Formen, aber ohne ihre alte Bedeutung. Auch nach dieſer Seite hin haben wiederum die Plebejer das Verdienſt, einen in gleicher Weiſe für die freie Entfaltung des Privatrechts wie für die Entwicklung des politiſchen Lebens höchſt wichtigen Fortſchritt erzwungen zu haben. Unabhängigkeit der privatrechtlichen Rechtsſtellung ſowohl wie der politiſchen von der Familienverbindung war der Gedanke, den ſie in den patriziſchen Geſchlechterſtaat brachten. Ihnen verdankt das reine, d. h. vom Einfluß des Familienprinzips emanzipierte, alſo das ſpätere römiſche Privatrecht ſeinen Urſprung.[268]) In

268) Daß einzelne Ausflüſſe des Familienprinzips in veränderter Geſtalt, d. h. als ganz allgemeine Einrichtungen noch im ſpätern Recht fortdauern, iſt bereits früher erwähnt, dies gilt insbeſondere von der Zenſur (S. 192), cura prodigi (S. 194), actio popularis (S. 186).

politischer Beziehung vertreten sie die Berechtigung der persönlichen Kraft gegenüber dem Recht der Geburt, das Prinzip der freien, mit sich selber beginnenden und ihre ganze Welt aus und durch sich selber gestaltenden Persönlichkeit gegenüber dem kompakten Zusammenhalten, der Abgeschlossenheit und Gebundenheit der Gens, das Recht der Gegenwart gegenüber dem der Vergangenheit. Der Punkt, auf dem das plebejische Prinzip auf Kosten des Familienprinzips zuerst zum Durchbruch kommt, ist die Wehrverfassung. Das militärische Interesse setzt sich vielleicht überall am leichtesten über das Hindernis der Geburt hinweg. Die Servianische Verfassung zeigt uns Patrizier und Plebejer zu einem Heer vereint, und als Maßstab der Wehrpflicht und des Stimmrechts, soweit es den Zenturiatkomitien zustand, das Vermögen. Das Vermögen aber ist nichts als die materielle Kraft des einzelnen und unausgesetzt dem Wechsel unterworfen, ist zu erwerben und zu verlieren, während die Familie bleibt, es bildet also den entschiedensten Gegensatz zum Familienprinzip. Dasselbe praktisch als Maßstab politischer Pflichten und Rechte aufstellen, hieß die Axt an die Wurzeln des Geschlechterstaats legen.

Die Bedeutung des militärischen Prinzips haben wir seinerzeit nicht sowohl darein gesetzt, daß es die Wehrverfassung des römischen Volks zum Gegenstand hatte, nicht in seine technisch-militärische, sondern in seine ethisch-politische Seite, daß es nämlich mittelst der strengen Disziplin, welche der Heeresdienst mit sich bringt, das Volk an Zucht, Gesetz und Ordnung gewöhnte. In diesem Sinn war auch seine Bedeutung eine vorübergehende. Ich verkenne nicht, daß auch späterhin noch der römische Gesetzlichkeitssinn aus derselben Quelle, aus der meiner Meinung nach dieser Sinn ursprünglich hervorgegangen war, seine beste Nahrung schöpfte — es gibt für alle Völker kein wirksameres Mittel, um denselben unausgesetzt zu befruchten, als die allgemeine Wehrpflicht —, ich meine vielmehr nur so viel, daß jene ursprüngliche Funktion der Wehrverfassung als Bildungsanstalt für die politische Erziehung des Volks, d. h. für die Gewöhnung desselben an

Geſetz und Ordnung, Zucht und Gehorſam beendet war, als dieſes Ziel erreicht war. Ein zuſammengelaufener Haufe von Abenteurern, wie ja die Sage die Urbevölkerung Roms ſchildert, nicht gewöhnt an Geſetz und Ordnung, bedarf der eiſernen Zuchtrute der militäriſchen Disziplin, um Zucht und Gehorſam zu erlernen, aber was der Vater erlernt hat, kommt dem Sohn zugute, was dieſer, dem Enkel, und der Urenkel in der Soldatenfamilie iſt bereits ein guter Bürger, auch ohne ſelber Soldat zu ſein. So kam auch für Rom der Moment, wo im Soldaten der Bürger herangezogen war, wo der Magiſtrat nicht mehr des Rückhaltes des Feldherrn bedurfte, um die erforderliche Autorität zu finden, kurz wo der Staat ſich auf ſich ſelber ſtellen konnte, weil das Verſtändnis für Geſetz und Ordnung Gemeingut geworden war; mit dieſem Moment trat die Wehrverfaſſung in die zweite Linie, ſie war jetzt nicht mehr der Staat ſelber, ſondern ein Inſtitut in ſeiner Hand.

So büßt mithin auch das militäriſche Prinzip ganz ſo wie das religiöſe und das Familienprinzip ſeine urſprüngliche Bedeutung in der ſpäteren Zeit ein. Aber auch hinſichtlich ſeiner wiederholt ſich die oben nachgewieſene Erſcheinung: die äußeren Einrichtungen und Formen dauern trotzdem fort. Die Volksverſammlung bewahrt die Ordnung des Heeres, und eine Menge von Reminiszenzen aus alter Zeit erinnern noch ſtändig daran, daß das Volk urſprünglich Heer war. Und ſo knüpft auch trotz der Verdrängung der Könige durch die Magiſtrate die Machtſtellung der letzteren mittelſt des Begriffs des imperium fortwährend an den urſprünglichen militäriſchen Oberbefehl des Königs an. Aber dieſem imperium waren die Sehnen durchſchnitten, wenigſtens für die Zivilbehörden in der Stadt Rom. Nur im Fall der Not kam es auch innerhalb der Stadt in der Perſon des Diktators in ſeiner urſprünglichen Geſtalt zum Vorſchein. Der politiſche Inſtinkt der Römer fühlte es heraus, daß die königliche Gewalt nicht abſolut verwerflich geweſen war, ſondern daß der Mißbrauch, den ſie ſich hatte zuſchulden kommen laſſen, nur in der lebenslänglichen Dauer ſeinen Grund gehabt hatte, daß dagegen eine raſch

vorübergehende Wiederherstellung derselben, bei der die Gefahr eines Mißbrauchs nicht zu befürchten stand, für Zeiten schwerer Gefahr das einzige ausreichende Heilmittel war. So bewahrte sich die römische Verfassung neben dem regelmäßigen System der Teilung der Gewalten auch die Möglichkeit einer äußersten Konzentrierung derselben in den Händen eines einzelnen, neben den sonstigen Vorzügen der republikanischen Institutionen auch die Schnellkraft der absoluten Monarchie. Im Felde blieb das imperium immer in ungeschwächter Kraft bestehen, und noch jahrhundertelang machte jede Generation wenigstens in ihrer Jugend die heilsame Schule der militärischen Erziehung durch. Der Kriegsdienst war die Vorstufe und Vorbereitung zum eigentlichen Staatsdienst.

STANFORD UNIVERSITY LAW LIBRARY

Stanford Law Library

3 6105 062 389 932

G.E.STECHERT & CO. NEW YORK